

MASTER'S THESIS

De bijzondere zorgplicht van banken en de rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken.

van Barneveld, M.L.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 04. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De bijzondere zorgplicht van banken en de rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken.

M.L. van Barneveld
851900738

Open Universiteit Nederland
Master Rechtsgeleerdheid
Scriptie - RM9906

Begeleider: Dhr. mr. dr. I. van Loo
Examinator: Dhr. prof. mr. J.G.J. Rinkes

Aantal woorden: 16231
Datum: 29 december 2020

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
1.1 Achtergrond en onderzoeksvraag	1
1.2 Plan van aanpak	2
1.3 Leeswijzer	2
2. Renteswaps	3
2.1 De werking en het doel van renteswaps	3
2.2 Risico's van een renteswap	3
2.2.1 Negatieve waarde	4
2.2.2 Renteopslag	5
2.2.3 Marginverplichtingen	5
2.2.4 Overhedge	5
2.2.5 Negatieve startwaarde	6
3. De bijzondere zorgplicht van banken bij renteswaps	7
3.1 Deskundigheid en ervaring van ondernemer	8
3.2 Adviesrelatie	8
3.3 Analyse uitspraken	9
3.3.1 Beroep op zorgplichtschending toegewezen	9
3.3.2 Beroep op zorgplichtschending gedeeltelijk toegewezen	12
3.3.3 Beroep op zorgplichtschending afgewezen	12
3.4 Samenvatting	13
3.5 Conclusie	14
4. Publiekrechtelijke regels voor financiële dienstverleners	15
4.1 Wet op het financieel toezicht	15
4.1.1 Definities Wft en de algemene zorgplicht	15
4.1.2 Precontractuele verplichtingen voor beleggingsondernemingen	16
4.1.3 Soort dienstverlening	17
4.1.4 Informatieplicht gedurende looptijd	19
4.2 Conclusie	19
5. Publiekrechtelijke regels in renteswapuitspraken	21
5.1 Verhouding privaatrechtelijke zorgplicht en publiekrechtelijke regels	21
5.2 Publiekrechtelijke regels in renteswapzaken	22
5.2.1 Niet-professionele belegger volgens artikel 1:1 Wft	22
5.2.2 Financieel instrument en beleggingsadvies volgens artikel 1:1 Wft	23
5.2.3 Informatieplicht van artikel 4:20 lid 1 Wft	23
5.2.4 Het ken-uw-klant beginsel van artikel 4:23 Wft	24

5.3 Conclusie	24
6. De rol van de AFM in de renteswapproblematiek en het Uniform Herstelkader	25
6.1 De AFM	25
6.2 De rol van de AFM in de renteswapproblematiek	25
6.3 Het Uniform Herstelkader	26
7. Conclusie, eigen visie en aanbevelingen	28
7.1 De rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken	28
7.2 De geschiktheid van renteswaps voor het MKB.....	28
7.3 Omvang van de bijzondere zorgplicht van banken bij het adviseren van renteswaps aan het MKB	29
7.4 Aanbevelingen.....	29
Literatuurlijst	31

1. Inleiding

1.1 Achtergrond en onderzoeksvraag

Vanaf circa 2005 zijn banken leningen met variabele rente gaan combineren met renteswaps als alternatief voor een lening met vaste rente. Veel renteswaps aan het MKB zijn afgesloten in de periode 2005 tot en met 2009, voor looptijden van vijf tot tien jaar en soms langer.¹ In totaal zijn er volgens de AFM 37.433 renteswapovereenkomsten afgesloten² door 21.604 MKB-klanten.³

Ondernemers sloten de renteswaps af bij hun leningen met variabele rente als bescherming tegen het risico van een rentestijging. Als de variabele Euribor-rente stijgt, blijft de ondernemer de vaste rente van de renteswapovereenkomst betalen. Sinds de financiële crisis die ontstond in de loop van 2008 is de variabele rente echter niet gestegen maar sterk gedaald. Ondernemers met een renteswap konden niet profiteren van deze rentedaling maar bleven de hoge(re) vaste rente van het swapcontract betalen. De renteswaps kregen hierdoor voor de ondernemers een grote negatieve waarde. Bij voortijdige beëindiging, bijvoorbeeld als de ondernemer de onderliggende lening vervroegd wilde aflossen of de lening wilde onderbrengen bij een andere bank, moest de totale negatieve marktwaarde betaald worden. Ondernemers die zich dit niet konden veroorloven zaten nog jaren vast aan hun renteswap. Hiernaast kon de bank ook de renteopslag op de lening verhogen indien het totale risico van de bank op de ondernemer (mede) als gevolg van een stijgende negatieve waarde van de renteswap toe was genomen.

Volgens de AFM is het de vraag of ondernemers voorafgaand aan het afsluiten van het rentederivaat voldoende kennis hadden van de kenmerken en risico's van rentederivaten om te kunnen beoordelen of zij ook in geval van negatieve scenario's de gevolgen konden dragen.⁴ De AFM heeft in 2013 een verkennend onderzoek gedaan naar de wijze waarop banken rentederivaten aan het professionele midden- en kleinbedrijf en aan semipublieke instellingen aanbieden en geconstateerd dat de informatieverstrekking over rentederivaten vaak een te gunstig beeld gaf van de verwachtingen en dat negatieve scenario's onderbelicht bleven.⁵ Zo werden renteswaps vaak aangeprezen als flexibele producten terwijl renteswaps dit vanwege de daling van de variabele rente allerminst waren.⁶

De renteswapproblematiek heeft tot veel civiele procedures geleid waarbij de ondernemers zich beroepen op dwaling en/of schending van de zorgplicht omdat de bank hen onvoldoende op de risico's van renteswaps heeft gewezen. In veel gevallen is het beroep op dwaling afgewezen omdat de bank voldoende informatie heeft gegeven en hiermee voldaan heeft aan de op haar rustende mededelingsplicht. Waar het beroep op dwaling wordt afgewezen, wordt meermaals het beroep op de zorgplichtschending wel toegewezen. Dit ligt in lijn met de effectenleasearresten.⁷ In deze arresten is bepaald dat dwaling in de regel niet wordt toegewezen indien de essentiële kenmerken

¹ Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening, voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB, februari 2014, p. 4.

² Het gaat dan om renteswapovereenkomsten die nog liepen tussen 1 april 2011 en 1 april 2014. Renteswaps die afliepen voor 1 april 2011 zijn niet meegenomen in deze telling.

³ AFM Voortgangsrapportage Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020, p. 4.

⁴ Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB, februari 2014, p. 4.

⁵ AFM Rapportage Rentederivaten, *Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB*, September 2013, p. 1.

⁶ Alleen wanneer de renteswap een positieve marktwaarde heeft geeft dit flexibiliteit. Bij een negatieve waarde geeft een renteswap juist geen flexibiliteit.

⁷ Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob), ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia), ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Aegon).

van het product voldoende blijken uit de door de bank verstrekte informatie en dat de belegger bij onduidelijkheden vragen had moeten stellen. In deze arresten is zorgplichtschending echter wel toegewezen. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat uit hoofde van de (bijzondere) zorgplicht verder reikende waarschuwingsplichten op de bank rusten dan de plicht inlichtingen te verschaffen.

De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de klant, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's en de regelgeving tot nakoming waarvan de bank is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels⁸. In meerdere renteswapuitspraken van gerechtshoven wordt verwezen naar deze publiekrechtelijke regels. In deze scriptie zal aandacht worden besteed aan de bijzondere zorgplicht van banken en de rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken. De onderzoeksvraag die centraal staat in deze scriptie is de volgende: 'Wat is de rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken?'.

1.2 Plan van aanpak

Aan de hand van jurisprudentieonderzoek en literatuuronderzoek zal de onderzoeksvraag beantwoord worden. Het literatuuronderzoek richt zich voornamelijk op de rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB. Aan de hand van jurisprudentieonderzoek zal omschreven worden welke omstandigheden van belang zijn voor het intreden van de bijzondere zorgplicht van de bank en wat de omvang van deze bijzonder zorgplicht is. Alle uitspraken van gerechtshoven⁹ waarin het hof beslist of de bank haar zorgplicht heeft geschonden¹⁰ in een renteswapzaak zullen aan bod komen. De redenen voor het toe- of afwijzen van het beroep op de zorgplichtschending zullen uitgebreid beschreven worden. Daarnaast zullen verwijzingen naar publiekrechtelijke regels geanalyseerd worden.

1.3 Leeswijzer

Allereerst zal in het tweede hoofdstuk nader worden ingegaan op de werking, het doel en de risico's van renteswaps. In het derde hoofdstuk zal de bijzondere zorgplicht van banken bij renteswaps omschreven worden. Uitspraken van gerechtshoven waarin er, met betrekking tot schending van de bijzondere zorgplicht in renteswapzaken, een eindbeslissing is genomen zullen worden geanalyseerd. In hoofdstuk vier wordt stilgestaan bij de publiekrechtelijke regels met betrekking tot de zorgplicht van financiële dienstverleners. In het vijfde hoofdstuk zal worden beschreven welke rol de publiekrechtelijke regels spelen in de renteswapjurisprudentie. In hoofdstuk zes wordt aandacht besteed aan de handhaving door de AFM op de publiekrechtelijke regels. Het Uniform Herstelkader dat in opdracht van voormalig Minister van Financiën Dijsselbloem tot stand is gekomen om ondernemers te compenseren voor hun renteswapschade zal ook in dit hoofdstuk beschreven worden. In hoofdstuk zeven wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag en worden aanbevelingen gedaan.

⁸ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.5.4 (Levob) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, r.o. 4.6.2 (Aegon).

⁹ De Hoge Raad heeft (nog) geen oordeel gegeven over schending van de zorgplicht in renteswapzaken. Bij gebrek aan arresten van de Hoge Raad zijn gerechtshoven de meest gezaghebbende en relevante jurisprudentiële bronnen op het gebied van renteswapzaken.

¹⁰ Renteswapzaken waarin slechts een beroep op dwaling wordt gedaan zullen buiten beschouwing worden gelaten.

2. Renteswaps

Omstreeks 2005 zijn banken renteswaps gaan aanbieden aan ondernemers met een lening met variabele rente als bescherming tegen het risico van een rentestijging. De vaste rente van de renteswapovereenkomst lag veelal lager dan de rente van een lening met vaste rente¹¹. Voor banken was het tevens financieel interessant om als alternatief voor een lening met vaste rente een lening met variabele rente aan te bieden met een renteswap. Het is namelijk zo dat de bank zowel op de lening als op de renteswap een marge verdient. De marge over de gehele looptijd van de renteswap kon de bank voor een groot gedeelte in één keer tot haar winst rekenen wanneer de bank zich indekt in de markt voor de renteswap waar zij de marge op een lening gedurende de looptijd van de lening pas tot de winst kon rekenen¹².

2.1 De werking en het doel van renteswaps

Ondernemers sloten renteswapovereenkomsten af bij hun lening met variabele Euribor¹³-rente om zich te beschermen tegen het risico van een stijgende rente. Naast de kredietovereenkomst werd er tevens een renteswapovereenkomst¹⁴ afgesloten. Een renteswap betekent letterlijk een renteruil. Met een renteswap betaalt de ondernemer de vaste rente van de renteswapovereenkomst aan de bank en de bank de variabele Euribor-rente aan de ondernemer. De ondernemer betaalt naast de vaste rente van de renteswapovereenkomst tevens de variabele Euribor-rente over zijn lening aan de bank. Aangezien de ondernemer op grond van de renteswapovereenkomst de variabele rente van de bank ontvangt, kunnen beide variabele rentes tegen elkaar worden weggestreept en blijft enkel de verplichting van de ondernemer om de vaste rente van de renteswapovereenkomst aan de bank te betalen over. Wanneer de Euribor-rente stijgt, blijven ondernemers de vaste rente van de renteswapovereenkomst betalen. Er kan dus niet worden geprofiteerd van een dalende Euribor-rente. Indirect verkrijgt de ondernemer met een renteswap een lening met een vaste rente maar dan met de bijkomende risico's van een renteswap.¹⁵

2.2 Risico's van een renteswap

Aan renteswaps zitten risico's die voor veel ondernemers op voorhand niet inzichtelijk waren. "De feitelijke pijn wordt over het algemeen veroorzaakt door de negatieve waarde die de renteswap door de lage rentestand heeft ontwikkeld en de daaruit voortvloeiende beperkingen voor ondernemers."¹⁶ Wanneer de Euribor-rente daalt onder het niveau van de vaste rente die onder de renteswap wordt betaald krijgt de renteswap een negatieve waarde. In dit geval kan de ondernemer worden geconfronteerd met hoge kosten. "Zo kan een renteswap met een (hoge) negatieve waarde de ondernemer beperken om over te stappen naar een andere bank, terwijl een overstap gewenst kan

¹¹ Volgens B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck, Uniform herstellkader rentederivaten MKB, 19 december 2016, p. 17.

¹² Idem.

¹³ Euribor staat voor Euro Interbank Offered Rate. De Euribor tarieven zijn de gemiddelde rente tarieven waartegen een groot aantal Europese banken elkaar leningen in euro's verstrekken. De Euribor tarieven gelden als basistarief (maatstaf) voor allerlei renteproducten, zoals renteswaps, spaarrekeningen en hypotheekleningen.

¹⁴ In de renteswapovereenkomst werd de hoogte van de vaste rente, de looptijd van de renteswap, de hoofdsom waarover de vaste rente wordt betaald en de referentierente (één- of driemaands-Euribor) vastgelegd.

¹⁵ Een renteswap en een vastrentende lening zorgen allebei voor een beperkte flexibiliteit, wanneer ze voortijdig beëindigd worden dient de ondernemer de negatieve waarde/een boete te betalen aan de bank. Bij een lening met vaste rente is er echter nooit de mogelijkheid op een overhedge of marginverplichtingen. Daarnaast zijn de voorwaarden van een vastrentende lening veel minder complex dan van renteswaps.

¹⁶ Volgens J.A. Möhlmann en M.R. Fidler, 'Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controverse?', FR 2016, nr. 7/8, p. 295.

zijn indien de bank de renteopslag verhoogt of geen (aanvullende) financiering meer wil verstrekken.”¹⁷

2.2.1 Negatieve waarde

Een renteswap is een rentederivaat¹⁸. De waarde van de renteswap hangt af van de variabele Euribor-rente. Wanneer de vaste rente in de renteswapovereenkomst lager is dan de actuele Euribor-rente is de waarde voor de ondernemer positief en wanneer de vaste rente in de renteswapovereenkomst hoger is dan de actuele Euribor-rente is de waarde negatief voor de ondernemer. Naarmate de einddatum van de renteswap dichterbij komt, gaat de waarde van de renteswap richting nul.

Het grootste risico van een renteswap ligt besloten in een daling van de Euribor-rente, waardoor de Euribor-rente lager wordt dan de vaste rente in de renteswapovereenkomst en de renteswap een negatieve waarde krijgt aangezien de huidige markt veel gunstigere voorwaarden biedt dan de afspraken in de renteswapovereenkomst. De ondernemer zou zonder renteswap voordeliger uit geweest zijn en betaalt met renteswap meer dan hij zou hebben betaald op zijn lening met variabele Euribor-rente zonder renteswap. Doordat de variabele Euribor-rente sterk is gedaald tijdens de financiële crisis die in de loop van 2008 ontstond kregen renteswaps een grote negatieve waarde voor de ondernemer en moest de ondernemer deze negatieve waarde bij voortijdige beëindiging aan de bank betalen. Ondernemers die de, aan de renteswap gekoppelde, lening geheel of gedeeltelijk vervroegd wilden aflossen of hun gekoppelde lening onder wilden brengen bij een andere bank, kregen te maken met deze grote negatieve waarde die zij in een keer moesten neerleggen voor het beëindigen van hun renteswap. Veel ondernemers konden dit niet betalen en zaten tot het einde van de looptijd vast aan hun renteswap. In het recente productinformatieblad van ABN AMRO over renteswaps staat onder het kopje ‘Nadelen en risico’s van de renteswap’ inmiddels het volgende opgenomen: “Stopt de renteswap eerder dan afgesproken? Bijvoorbeeld omdat u uw lening eerder aflost? Dan kost dat u mogelijk veel geld.”¹⁹

Voorbeeld:

Een ondernemer heeft in 2008 een renteswap afgesloten met een hoofdsom van € 1.000.000, een looptijd van 10 jaar en een vaste rente van 4,5%. In 2011, zeven jaar voor de einddatum van de renteswap, wilt de ondernemer de renteswap beëindigen. De vaste rente voor renteswaps voor de komende zeven jaar was naar verwachting 0,5%. Dit is 4% lager dan de vaste rente van de afgesloten renteswap. De marktwaarde van de renteswap wordt als volgt berekend:

1. De bank berekent hoeveel vaste rente voor de afgesloten renteswap de ondernemer in de komende zeven jaar nog zou moeten betalen aan de bank. Dit is € 315.000.²⁰
2. De bank berekent hoeveel variabele Euribor-rente de ondernemer nog zou hebben ontvangen van de bank in de komende zeven jaar. Dit is 35.000.²¹
3. Het verschil tussen deze bedragen is de marktwaarde van de renteswap: - € 280.000. De renteswap heeft een negatieve waarde van € 280.000. Dit is het bedrag dat de ondernemer aan de bank moet betalen wil hij zijn renteswap voortijdig beëindigen.

¹⁷ J.A. Möhlmann en M.R. Fidler, ‘Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controverse?’, FR 2016, nr. 7/8, p. 295.

¹⁸ Rentederivaten zijn afgeleide financiële producten die hun waarde ontleen aan de ontwikkeling van een bepaalde rentemaatstaf.

¹⁹ Productinformatieblad ABN AMRO Renteswap, p. 2.

²⁰ € 1.000.000 x 4,5% x 7 jaar.

²¹ € 1.000.000 x 0,5% x 7 jaar.

Wanneer de renteswap een negatieve waarde krijgt kan dit grote gevolgen voor de ondernemer hebben. De bank kan bijvoorbeeld de renteopslag verhogen maar ook interne derivatenlimieten opwerpen.

2.2.2 Renteopslag

De bank kan de renteopslag op de lening verhogen indien het totale risico van de bank op de ondernemer als gevolg van een stijgende negatieve waarde van het rentederivaat toeneemt. Een renteopslag van meer dan één procent kan oplopen naar tienduizenden euro's over de gehele resterende looptijd van de renteswap. Ondernemers dachten juist vaak dat zij met een renteswap een vaste rente hadden.

2.2.3 Marginverplichtingen

De bank heeft een wettelijke verplichting om ervoor te zorgen dat haar klant over voldoende saldi beschikt om verplichtingen, die in dit geval uit de negatieve waarde van de renteswap voort kunnen vloeien, te voldoen. Dit wordt ook wel de 'marginverplichting' genoemd.²² Bij renteswaps is veelvuldig gebruik gemaakt van interne derivatenlimieten, waarbij het bedrag van deze faciliteit de negatieve waarde van de renteswap dekt.²³ Een dergelijke intern derivatenlimiet verslechtert het risicoprofiel van de klant, wat ertoe kan leiden dat de bank de renteopslagen verhoogt, weigert om extra financiering te verstrekken en/of verplicht tot het verstrekken van aanvullende zekerheden. Banken hebben in veel gevallen geen voorlichting gegeven over deze interne derivatenlimieten of marginverplichtingen. Het Gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld dat deze onvolledige informatieverstrekking in een bepaald geval een beroep op dwaling rechtvaardigde: "Indien de ondernemer had geweten dat hij met een renteswap tevens een interne derivatenlimiet aanging die zou kunnen leiden tot opslagverhogingen, verminderde kredietruimte en/of verplichtingen tot het verstrekken van aanvullende zekerheden, dan was hij de renteswap niet aangegaan".²⁴

De AFM heeft geen bezwaar tegen de handelwijze van banken met betrekking tot de communicatie over het interne derivatenlimiet, mits de banken hun klanten informeren over bestaan, doel en hoogte van de limiet.²⁵ "De AFM is van mening dat de saldebewakingsplicht in principe niet geldt bij rentederivaten van niet-professionele klanten, tenzij bij het afsluiten ervan voorzienbaar is dat het rentederivaat gedurende de looptijd tussentijds wordt opgezegd."²⁶ Als het derivaat in stand blijft gedurende de gehele looptijd van de onderliggende lening ziet de AFM de negatieve waarde van het rentederivaat niet als een actuele verplichting.²⁷

2.2.4 Overhedge

Bij een deel van de ondernemers sloot de renteswap niet (voldoende) aan bij de onderliggende lening. Wanneer de hoofdsom van de renteswap groter is dan de hoofdsom van de lening wordt dit een overhedge in omvang genoemd. Soms was dit verschil tussen de hoogte er in het begin van de looptijd al en in andere gevallen werd er vervroegd afgelost op de lening maar is de hoofdsom van de renteswap niet eveneens verlaagd. Een overhedge in omvang heeft als gevolg dat de ondernemer rente betaalde over een te hoge hoofdsom. Er is sprake van een overhedge in looptijd wanneer de startdatum van de renteswap voor de daadwerkelijke opnamedatum van de lening is en/of wanneer

²² Deze verplichting is vastgelegd in artikel 85 en 86 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

²³ ING noemde dit interne derivatenlimiet Allowance Faciliteit en Rabobank noemde het Afgesproken Bedrag. Beide hebben hun klanten stelselmatig hierover geïnformeerd waar ABN AMRO helemaal geen informatie over de interne derivatenlimiet gaf.

²⁴ Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, r.o. 3.10 t/m 3.13.

²⁵ AFM 2015, p. 31.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

de einddatum van de renteswap na de einddatum van de lening is. De ondernemer heeft in dit geval rente betaald over de renteswap terwijl de lening, de reden voor het bestaan van de renteswap, nog niet of niet meer liep.

2.2.5 Negatieve startwaarde

Bij het afsluiten van de renteswap bepaalt de bank de vaste rente van de renteswap. Deze vaste rente was vaak veel hoger dan het renteswaptarief op de interbancaire markt ten tijde van het afsluiten van de renteswap. Dit maakt dat renteswaps al vanaf het begin af aan een negatieve waarde hadden. In de jurisprudentie verdedigt de bank dit feit met het argument dat de ondernemer niet kon verwachten dat de bank kosteloos producten aanbiedt en dat dit een feit van algemene bekendheid is. De rechter geeft de bank hier in meerdere gevallen gelijk in. Zo overweegt het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in haar arrest van 30 april 2019 dat "de rechtbank terecht heeft overwogen dat de mededeling van de bank dat zij voor het afsluiten van een renteswap geen premies of kosten berekent niet inhoudt dat de bank gehouden is om slechts de geldende marktrente in rekening te brengen en dat het overeengekomen tarief zowel bij de eerste als bij de tweede swap bekend was en in die zin was het precies duidelijk welke "prijs" de swaps hadden en als ondernemer vragen over of bezwaren had tegen de hoogte van de rente, had zij dit aan de Bank kenbaar dienen te maken. Bovendien is het hof van oordeel dat ondernemer haar stelling, inhoudende dat zij, als zij van de bankmarge had geweten, de swaps niet zou hebben afgesloten, niet dan wel onvoldoende onderbouwd."²⁸ Het Gerechtshof Amsterdam overweegt in haar arrest van 14 april 2020 "dat bekend mag worden verondersteld dat in de prijs van door een bank aangeboden financiële producten een marge ten bate van de bank is verdisconteerd en dat daarom niet kan worden gesproken van een verborgen marge." Verder is volgens het hof "van belang dat een beroep op dwaling of schending van de bijzondere zorgplicht niet kan berusten op de enkele stelling dat de bank geen melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van een bankmarge als onderdeel van het onder de renteswapovereenkomst door de klant verschuldigde vaste rentetarief, of dat de bank geen inzicht heeft gegeven in de componenten waaruit het vast rentetarief is opgebouwd."²⁹ Toch kan gezegd worden dat de bank niet transparant is geweest over de totstandkoming van de prijs van de renteswap. "In markten waarbij klanten geen toegang hebben tot systemen waaruit de totstandkoming van prijzen blijkt, wordt eerder aangenomen dat deze klanten gerechtvaardigd mogen vertrouwen op de instelling".³⁰ In het recente productinformatieblad van ABN AMRO over renteswaps staat het volgende opgenomen: "Wat kost een renteswap? Voor de renteswap betaalt u de vaste swaprente. Daarnaast blijft u de individuele opslag betalen. In de vaste swaprente zit ook de vergoeding voor de bank verwerkt. De bank berekent géén aparte afsluitkosten, premies of provisie. Laat u de lening en de renteswap beide ongewijzigd doorlopen tot de afgesproken einddatum? Dan brengt de renteswap verder geen extra kosten met zich mee."³¹ Inmiddels informeert ABN AMRO dus wel over het feit dat er een vergoeding voor de bank verwerkt zit in de vaste swaprente, informatie die voorheen voor veel ondernemers niet duidelijk was. Over de hoogte van deze vergoeding blijft de bank echter zwijgen.

²⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1620, r.o. 4.18.3.

²⁹ Gerechtshof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1309, r.o. 3.12. Het Hof verwijst hierbij naar: HR 28 juni 2019 r.o. 3.7.4 e.v., ECLI:NL:HR:2019:1046.

³⁰ Boetebesluit ABN AMRO - AFM, 20 oktober 2015, p. 12.

³¹ Productinformatieblad ABN AMRO Renteswap, p. 2.

3. De bijzondere zorgplicht van banken bij renteswaps

“Zorgplicht is in de eerste plaats een beginsel met een moreel-ethische lading. Het is ieders plicht om niet uitsluitend eigenbelang na te streven maar zich ook te laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van anderen.”³² “In de tweede plaats is zorgplicht een containerbegrip voor de informatie-, mededelings-, waarschuwings- en onderzoeksplichten van de bank en andere financiële ondernemingen voorafgaand aan en gedurende de dienstverlening aan niet-professionele cliënten.”³³

Wanneer de bank met ondernemers een kredietovereenkomst en renteswapovereenkomst afsluit, kwalificeren deze overeenkomsten als overeenkomsten van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. Om te beoordelen of de opdrachtnemer zich aan deze zorgplicht heeft gehouden wordt gekeken of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou zijn gegaan.³⁴ Voor banken is een bijzondere zorgplicht aangenomen door de Hoge Raad, die verder gaat dan de zorg die contractspartijen onder normale omstandigheden jegens elkaar in acht moeten nemen.

Volgens vaste rechtspraak³⁵ rust op een bank, als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener, die een particuliere persoon een (beleggings-)product adviseert, een bijzondere zorgplicht, die ertoe strekt hem te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht of kunde. De bijzondere zorgplicht houdt onder meer in dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, de deskundigheid en doelstellingen van de klant³⁶ en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een financieel product zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste strategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad uit 2009 gaat deze waarschuwingsplicht verder dan de mededelingsplicht die op de bank rust in het kader van artikel 6:228 BW. Ook als de klant met de verschaft informatie op de hoogte is gebracht van de aan de overeenkomst verbonden risico's, moet de bank indringend waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan.³⁷ De omvang van deze bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaring van de klant, de complexiteit van het product en de risico's die daaraan zijn verbonden, de toezichtrechtelijke regels en de aard van de overeenkomst.³⁸

“Als een bank de precontractuele bijzondere zorgplicht schendt, leidt dit tot een onrechtmatige daad wegens de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 lid 2 BW).

³² B. Bierens, ‘Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht’, NTBR 2013/3, p. 15.

³³ Idem.

³⁴ Hoge Raad 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, NJ 2000/460.

³⁵ Onder meer: Hoge Raad 26 juni 1998, NJ 1998/660 (Van de Klundert/Rabobank), Hoge Raad 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 (Kouwenberg/Rabobank), Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia), ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Levob), ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Aegon) en Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95.

³⁶ Dit wordt bijvoorbeeld bij ABN AMRO vastgelegd in het Treasury Informatie Formulier. Deze formulieren zijn sinds november 2007 door banken verstrekt aan ondernemers naar aanleiding van de Europese beleggingsrichtlijn Mifid die in de Europese Unie op 1 november 2007 in werking is getreden.

³⁷ Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 4.10.3.

³⁸ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, JOR 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieveerse, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (De Treek/Dexia); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183, m.nt. J.B.M. Vranken (Levob); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, JOR 2009/200, m.nt. C.W.M. Lieveerse, NJ 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken (Aegon); HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, JOR 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen, NJ 2012/95, AA 2012, afl. 10, p. 752-759, m.nt. D. Busch (Rabobank Vaart & Vecht/X).

Gedurende de looptijd van het contract zal een schending van de bijzondere zorgplicht wanprestatie opleveren, veelal wegens de schending van de verplichting tot goed opdrachtnemerschap (artikel 7:401 BW).³⁹

3.1 Deskundigheid en ervaring van ondernemer

Oorspronkelijk rust de bijzondere zorgplicht op een bank bij advisering van een (beleggings-)product aan een particulier persoon. Zoals beschreven is de inhoud van de bijzondere zorgplicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. "Een relevante omstandigheid is of de klant een particulier of een ondernemer is want van ondernemers wordt meer zelfredzaamheid verwacht. Maar zoals tussen particuliere klanten verschillen kunnen bestaan, kunnen die ook (en met name) bestaan tussen allerlei niet-particuliere klanten van de bank."⁴⁰ Inmiddels heeft het hof meermaals aangegeven dat de bijzondere zorgplicht eveneens op de bank rust indien zij een kleine of middelgrote onderneming een renteswap aanbiedt.⁴¹ Ook van een kleine of middelgrote onderneming (en een niet professionele belegger als bedoeld in artikel 1:1 Wft⁴²) waarvan niet kan worden gezegd dat die was gehouden om zich bij de onderhandelingen te laten bijstaan door een financieel deskundige, kan in beginsel immers niet worden verwacht dat deze beschikt over bijzondere kennis over en/of ervaring heeft met renterisico's en financiële instrumenten ter afdekking van die risico's.⁴³ "Op een bank als bij uitstek professionele en deskundige partij ten opzichte van een klant, die ter zake niet als professioneel of deskundig kan worden aangemerkt, rust in het algemeen de plicht de klant voorafgaand aan het sluiten van een renteswap overeenkomst volledig en op niet mis te verstane wijze te informeren (waarschuwen) over de kenmerken en specifieke risico's van een renteswap overeenkomst."⁴⁴

3.2 Adviesrelatie

Doorgaans gaat het hof ervan uit dat de bank heeft geadviseerd om de renteswap aan te gaan. Daarbij acht het hof van belang dat de renteswap is gesloten in het kader van een tussen ondernemer en de bank bestaande kredietrelatie en dat deze moet worden gekwalificeerd als een adviesrelatie.⁴⁵ Ook is het van belang dat de bank het initiatief heeft genomen tot het aangaan van de renteswap.⁴⁶ Vaak volgt ook uit de brieven van de bank dat er een renteswap wordt geadviseerd

³⁹ D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', NJB 2020/424, p. 453.

⁴⁰ Parket bij de Hoge Raad 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:332, r.o. 7.6.

⁴¹ Onder andere: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294 en 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5802.

⁴² De definitie van een professionele belegger is opgenomen in artikel 1:1 Wft en luidt als volgt:

"Indien een onderneming voldoet aan twee van de volgende (drie) voorwaarden dan wordt zij aangemerkt als professionele belegger:

- a. Een balanstotaal van 20 miljoen;
- b. Een netto-omzet van 40 miljoen;
- c. Een eigen vermogen van 2 miljoen". Wanneer de ondernemer niet aan twee van deze voorwaarden voldoet wordt de ondernemer automatisch geclassificeerd als niet-professionele belegger.

⁴³ Naar het oordeel van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294 en 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5802.

⁴⁴ Aldus het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5802. Het hof geeft aan dat zij eerder zo heeft geoordeeld (hof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294, r.o. 3.10.3 - 3.10.7 en 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4619), en dat zij hierbij blijft.

⁴⁵ Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637, r.o. 3.4, Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022, r.o. 3.11, Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.4, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1841, r.o. 3.11, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:875, r.o. 3.6.5.

⁴⁶ Aldus het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:875, r.o. 3.6.5.

aan ondernemer.⁴⁷ Indien er veelvuldig overleg is geweest over renteswaps als vorm van renterisicomanagement en dit overleg verder ging dan het uitsluitend in ontvangst nemen van orders brengt dit mee dat sprake is van een adviesrelatie.⁴⁸ Wanneer de bank ondernemer heeft uitgenodigd tot het aangaan van de renteswap en daartoe speciaal voor ondernemer een voorlichtingsbijeenkomst georganiseerd heeft met als doel de renteswap aan de hand van de concrete situatie van ondernemer toe te lichten is sprake van een op de persoon van ondernemer toegesneden aanbeveling.⁴⁹ Meermaals berust de bank ook in het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een adviesrelatie.⁵⁰

3.3 Analyse uitspraken

Gerechtshoven hebben in totaal elf keer hun oordeel gegeven over of de bank bij het afsluiten van een renteswapcontract met een MKB ondernemer haar zorgplicht heeft geschonden. In de volgende paragraaf zullen de zeven arresten worden beschreven waarin een beroep op zorgplichtschending is toegewezen door het hof. In de daarop volgende paragraaf worden de twee arresten beschreven waarin het beroep op zorgplichtschending gedeeltelijk is toegewezen. Vervolgens zal er een paragraaf gewijd worden aan twee arresten waarin een beroep op zorgplichtschending is afgewezen.

3.3.1 Beroep op zorgplichtschending toegewezen

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch komt op 27 september 2016⁵¹ tot het oordeel dat de bank de op haar rustende zorgplicht geschonden heeft door ondernemer niet tijdig en niet adequaat te informeren en te waarschuwen over de kenmerken en specifieke risico's van de renteswap. Het hof overweegt hiertoe onder andere dat indien de variabele rente (sterk) daalt, de renteswap een grote negatieve waarde voor de klant ontwikkelt en dat het voortijdig beëindigen van de renteswap in dit geval leidt tot onverwachte hoge kosten. Naast dit risico heeft de bank in de renteswapovereenkomst bedongen dat zij gedurende de looptijd van het rentederivaat - ook zonder tussentijdse beëindiging - aanvullende zekerheid kan verlangen voor het afdekken van de negatieve marktaande. Dit levert een extra last op voor de ondernemer, aldus het hof. Het hof overweegt dat "voorgaande meebrengt dat op een bank als bij uitstek professionele en deskundige partij ten opzichte van een klant, die ter zake niet als professioneel of deskundig kan worden aangemerkt in het algemeen de plicht rust hem voorafgaand aan het sluiten van een renteswapovereenkomst volledig en op niet mis te verstane wijze te informeren (waarschuwen) over de genoemde kenmerken en specifieke risico's".⁵²

In het arrest van Gerechtshof Den Haag van 14 februari 2017 is het hof van oordeel dat de bank, gezien de kwalificatie van ondernemer en de risicovolheid van het product, "tekortgeschoten is in de nakoming van de op haar rustende zorgplicht door ondernemer niet in duidelijke bewoordingen voor te lichten over de risico's van forward starting renteswaps⁵³, mismatch, debiteurenopslag, bankmarges en de negatieve marktwaarde".⁵⁴ Het hof overweegt hiertoe onder andere dat de bank in het kader van de op haar rustende zorgverplichting een Treasury Inventarisatie Formulier⁵⁵ heeft

⁴⁷ Volgens het Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637, r.o. 3.4, Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.4.

⁴⁸ Aldus het Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692.

⁴⁹ Volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:875, r.o. 3.6.5.

⁵⁰ Onder andere: Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3366, Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255.

⁵¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.

⁵² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294, r.o. 3.10.7.

⁵³ Een forward starting renteswap is een renteswap die pas op een toekomstige datum van start gaat.

⁵⁴ Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255., r.o. 9.5.

⁵⁵ Een formulier van de bank waarop wordt aangegeven welke kennis en ervaring de ondernemer heeft met rentederivaten.

opgesteld en dat de ondernemer hierin is getypeerd als een niet-professionele klant, met geen of weinig ervaring in de van toepassing zijnde treasuryproducten⁵⁶ en zonder een intern vastgelegd treasurybeleid. Het product waarover werd geadviseerd kan, anders dan de bank aanvoert, niet als een doorsnee plain vanilla renteswap⁵⁷ worden gekarakteriseerd, aldus het hof. Het hof overweegt dat gezien het feit dat het in een aantal gevallen om forward starting swaps⁵⁸ ging, dit maakt dat het financieel instrument als een gecompliceerder en meer risicovol product moet worden aangemerkt dan een gewone (plain vanilla) renteswap. De kans is, volgens het hof, dan immers aanwezig op een mismatch doordat het rentederivaat en de variabel rentende leningen niet op elkaar aansluiten wat betreft omvang of looptijd. Overigens kan volgens het hof ook een plain vanilla swap niet worden beschouwd als een niet-complex product in de zin van de Wft/Mifid.⁵⁹

In het arrest van het Gerechtshof Amsterdam op 25 april 2017⁶⁰ is er sprake van een verschil in de omvang en looptijd van de renteswap en lening. Het hof oordeelt dat de bank niet is opgetreden als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur door de ondernemer de speculatieve renteswap te adviseren en de ondernemer er niet op te wijzen dat de looptijd van de lening en de renteswap op elkaar hadden moeten aansluiten en dat na aflossing van de lening de renteswap zou blijven doorlopen zonder dat er een lening was die een renterisico opleverde waartegen de renteswap zou moeten beschermen, waarmee de renteswap een puur speculatief karakter krijgt.

In het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 22 augustus 2017⁶¹ is er tevens sprake van een overhedge in looptijd tussen de lening en renteswap. Het hof oordeelt dat de bank, gezien het defensieve risicoprofiel van de ondernemer en het feit dat de ondernemer geen belegger is maar kredietnemer en op het terrein van rentederivaten niet als deskundig of professioneel kan worden aangemerkt en de bank ter zake een bij uitstek deskundige partij is, gehandeld heeft in strijd met de op haar rustende zorgplicht en is zij niet opgetreden als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur door de ondernemer het grotendeels speculatieve rentederivaat te adviseren. Vast staat dat het rentederivaat niet was bedoeld om te speculeren maar enkel om het renterisico af te dekken.

Ook in het arrest van het Gerechtshof Amsterdam op 26 juni 2018⁶² is sprake van een overhedge. Het hof oordeelt dat de bank tekortgeschoten is in haar plicht om over de producten die zij de ondernemer aanbood, informatie te verstrekken die was toegesneden op die specifieke producten en die specifieke klant, wat in dit geval betekent dat de bank gehouden was om het verschil in looptijd tussen de euriborlening en de renteswap uitdrukkelijk onderwerp van gesprek te maken en met name te bespreken dat dit verschil in looptijd erin resulteerde dat na afloop van de euriborlening een kale renteswap zou resteren.

In het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 1 mei 2018⁶³ heeft de bank haar zorgplicht geschonden aangezien er hier ook sprake was van een mismatch, zowel wat betreft de nominale

⁵⁶ Treasuryproducten zijn zogenaamde Over The Counter transacties (ook wel OTC-derivaten genoemd). Een OTC-derivaat heeft een onderliggende waarde. Dit is vaak een valuta of een rente. Met een OTC-derivaat kunnen financiële risico's afgedekt worden. Dit wordt ook wel 'hedgen' genoemd. Maar er kan ook in OTC-derivaten belegd worden. Aldus de bijlage bij de Voorwaarden Beleggen van de ABN AMRO. Renteswap behoren tot deze treasuryproducten.

⁵⁷ De officiële benaming van een standaard renteswap.

⁵⁸ Een renteswap waarmee de rente vanaf een bepaalde datum in de toekomst wordt vastgelegd. De lening waarvoor de renteswap is afgesloten, komt pas op datzelfde moment in de toekomst tot stand.

⁵⁹ De Europese beleggingsrichtlijn Mifid die in de Europese Unie op 1 november 2007 in werking is getreden.

⁶⁰ Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637.

⁶¹ Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3366.

⁶² Gerechtshof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2143.

⁶³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1841.

waarde van de renteswap en de hoogte van de leningen als wat betreft de rentetarieven⁶⁴ en de bank niet specifiek gewaarschuwd heeft voor de mismatch. Volgens het hof staat vast dat het voor de bank duidelijk was dat de financieringsbehoefte door aan- en verkopen van projecten kon fluctueren. Uit hoofde van de op haar rustende zorgplicht had de bank ondernemer er daarom op moeten wijzen dat zij bij de keuze voor de nominale bedragen van de renteswap en de looptijd rekening diende te houden met die fluctuaties in de financieringsbehoefte, aldus het hof. In het bijzonder had de bank volgens het hof er op moeten wijzen dat er een mismatch zou ontstaan indien op enig moment het nominale bedrag van de renteswap het bedrag van de aangehouden financieringen zou overstijgen, waardoor er uit hoofde van de renteswap feitelijk een vergoeding zou worden betaald aan de bank voor het afdekken van renterisico's over deels niet bestaande financieringen. Alleen indien ondernemer uitdrukkelijk op dit risico was gewezen en op de financiële consequenties daarvan, had zij volgens het hof een weloverwogen beslissing kunnen nemen ten aanzien van de vraag of de renteswap gezien haar eigenschappen een passend instrument was voor het afdekken van renterisico's over haar financieringen en zo ja, voor welk nominaal bedrag en voor welke looptijd. Dit betekent dan ook volgens het hof dat de bank niet aan haar zorgplicht heeft voldaan nu zij ondernemer niet duidelijk heeft geïnformeerd over de risico's die in dit opzicht verbonden waren aan de renteswap.

In een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 10 maart 2020⁶⁵ oordeelt het hof dat de bank haar zorgplicht jegens ondernemer niet is nagekomen doordat de bank heeft nagelaten ondernemer indringend en in niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de specifieke risico's van de overeenkomst. De bank had volgens het hof ondernemer uit hoofde van haar zorgplicht (indringend) moeten waarschuwen voor vergroting van het risico op het betalen van een (aanzienlijke) negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging/aflossing vanwege de langere looptijd van de renteswap⁶⁶ en het loslaten van meerdere rentevastperioden met verschillende einddata⁶⁷. Het hof oordeelt dat de bank bij ondernemer qua kennis en ervaring op het gebied van renteswaps niet veel meer mocht verwachten dan bij een gemiddelde particulier⁶⁸ en in elk geval niet mocht verwachten dat ondernemer bijzondere kennis had over renterisico's en financiële instrumenten ter afdekking van die risico's.

⁶⁴ De renteswap is gesloten op basis van een 3-maands euriborrente, terwijl de rente op de lening op een gegeven moment gedurende de looptijd van de renteswap is omgezet van een 3-maands euriborrente naar een 1-maands euriborrente.

⁶⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:875.

⁶⁶ De ondernemer had de keuze tussen een vijfjarige of een tienjarige looptijd van de renteswap. De bank heeft gemeld dat de vaste rente bij een tienjarige looptijd van de renteswap iets lager lag dan de vaste rente bij een vijfjarige looptijd. Hierop heeft ondernemer zijn keuze voor een tienjarige looptijd gebaseerd. De bank had ondernemer indringend moeten waarschuwen dat hij met het 'vastzetten' van de rente door middel van de renteswap gedurende tien jaar een groter risico liep dan bij het vastzetten voor vijf jaar omdat de negatieve waarde bij tussentijdse beëindiging hierdoor hoger zou kunnen uitvallen.

⁶⁷ Het risico van het betalen van een negatieve waarde in relatie tot het loslaten van de variërende einddata van de rentevastperioden van de vijf geldleningen is niet besproken. Ook door het loslaten van deze constructie is het risico op het betalen van een negatieve waarde vergroot, althans had ondernemer gedurende tien jaar minder mogelijkheden (een deel van) de financiering tussentijds zonder (hoge) boete af te lossen en ook hiervoor haar de bank ondernemer indringend moeten waarschuwen. Dit klemt te meer nu de bank wist dat ondernemer haar onderneming en wellicht ook het pand wilde verkopen en daarmee belang had bij flexibiliteit bij tussentijdse aflossing van niet alleen het rekening-courant krediet, maar ook van de financiering van het vastgoed.

⁶⁸ Het hof acht hierbij van belang dat ondernemer geen kennis had van of ervaring had met rentederivaten zoals een renteswap en dat zij laaggeschoold was. Ook acht het hof van belang dat de adviseur, die aanwezig was bij de presentatie over de renteswap, geen opleiding tot registeraccountant of accountant-administratieconsulent had, assistent accountant was, de administratie en BTW aangiftes deed van ondernemer en evenmin ervaring had op het gebied van rentederivaten.

3.3.2 Beroep op zorgplichtschending gedeeltelijk toegewezen

Het hof heeft in twee gevallen de vordering gedeeltelijk toegewezen. In het ene arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 15 januari 2019⁶⁹ oordeelt het hof dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld en dat zij de schade die ondernemer door de verhoging van de debiteurenopslag heeft geleden moet vergoeden. In het andere arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 april 2019⁷⁰ oordeelt het hof dat de bank heeft voldaan aan haar informatieverplichting bij het aangaan van de renteswaptransactie. Volgens het hof is hierbij van belang dat de adviseur van de ondernemer mede gelet op dertig jaar bancaire ervaring ruime kennis had van de voor- en nadelen en risico's van de renteswap. Volgens het hof moet de informatie over de renteswap, die de bank bij meerdere gelegenheden aan de adviseur heeft gegeven, voldoende geweest zijn om de risico's te kunnen inschatten. Dat het een complex product betrof en de onderneming een niet-professionele partij is, wordt gerelativeerd door het gegeven dat ondernemer de zeer ervaren adviseur bij de totstandkoming van de transactie heeft ingeschakeld, aldus het hof. De bank heeft haar zorgplicht volgens het hof wel geschonden door geen mededeling te doen nadat de financiering volledig was afgelost over het gegeven dat de renteswap was achtergebleven en dat de "open positie" die dit opleverde mogelijk grote financiële risico's met zich bracht. De renteswap had op het moment dat de financiering volledig was afgelost een positieve marktwaarde dus de ondernemer zou bij beëindiging van de renteswap geld toe hebben gekregen van de bank.

3.3.3 Beroep op zorgplichtschending afgewezen

In twee arresten is het beroep op zorgplichtschending afgewezen door het hof. In het eerste arrest van het Gerechtshof Den Haag van 21 juni 2016⁷¹ overweegt het hof dat op de bank een zorgplicht rust die mede wordt ingevuld aan de hand van de Wft en aanverwante regelgeving en dat de ondernemer dient te worden beschouwd als een professionele belegger in de zin van de Wft, zoals overigens ook is vermeld op het Treasury Inventarisatie Formulier dat is opgemaakt, en niet kan worden gelijk gesteld met particulieren jegens wie een bijzondere zorgplicht geldt. De bank diende ondernemer dan ook niet, in het kader van de bijzondere zorgplicht, te beschermen tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid, aldus het hof. De bank heeft ondernemer vrij uitvoerig geïnformeerd over de mogelijkheden om renterisico's af te dekken door middel van (onder meer) renteswaps en bij het sluiten van de renteswaps uitvoerige schriftelijke informatie verschaft over de werking en de risico's van het product. Het hof oordeelt dat het de ondernemer op grond van de verstrekte informatie duidelijk moet zijn geweest dat zij in ruil voor zekerheid (vaste rente) het risico liepen dat zij uiteindelijk een hogere rente zouden moeten betalen dan de overeengekomen variabele rente van de lening.

Het Gerechtshof Amsterdam is in haar arrest van 3 december 2019⁷² van oordeel dat de bank geen informatie- of waarschuwplicht heeft geschonden die voortkomt uit de op haar rustende zorgplicht. Allereerst is volgens het hof niet komen vast te staan dat de bank ondernemer heeft geadviseerd om een renteswap af te sluiten. Ondernemer stelt dat de dienstverlening van de bank met betrekking tot de renteswap geldt als (beleggings-)advies in de zin van artikel 4:23 Wft. Het hof overweegt dat "onder de Wft en de Markets in Financial Instruments Directive (MiFID-richtlijn) is sprake van adviseren indien voldaan is aan vijf criteria" en dat "het eerste criterium is dat een aanbeveling moet zijn gedaan".

⁶⁹ Gerechtshof Amsterdam, 15 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:75.

⁷⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1620.

⁷¹ Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692.

⁷² Gerechtshof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4308.

Het hof is van oordeel dat niet vast is komen te staan dat de bank ondernemer heeft geadviseerd de renteswap af te sluiten.⁷³ Verder geeft het hof aan dat de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht van de bank afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. In dit geval is het volgens het hof van belang dat ondernemer met een geconsolideerd balanstotaal van indertijd meer dan € 21 miljoen en een eigen vermogen van circa € 4,5 miljoen in civielrechtelijke zin als een grote professionele partij kwalificeert, dat zij bij het afsluiten van de renteswap is bijgestaan door externe adviseurs en dat zij zelf, in verband met kredieten van haar leveranciers, heeft aangedrongen op een afdekking voor een hoger bedrag dan het bedrag dat de bank variabel rentend aan haar ter beschikking stelde. Voor zover ondernemer betoogt dat de bank jegens haar gehouden was tot een gelijke zorgplicht als jegens particuliere beleggers verwerpt het hof dat betoog.

3.4 Samenvatting

In zeven arresten van het hof wordt een schending van de zorgplicht aangenomen. In geen van deze gevallen is de bank bij de Hoge Raad in cassatie gegaan. In vier van de zeven arresten waarin een schending van de zorgplicht is aangenomen is er sprake van een verschil in de omvang en/of looptijd van de renteswap en lening waardoor het hof oordeelt dat de bank gehandeld heeft in strijd met de op haar rustende zorgplicht en/of niet is opgetreden als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur door de ondernemer het grotendeels speculatieve rentederivaat te adviseren. Bij het ontstaan van een overhedge heeft de bank zich onvoldoende verdiept in de behoeften van de klant. Immers bij een defensief risicoprofiel sluit een overhedge/speculatieve renteswap niet aan.

Ondernemers wilden zich beschermen tegen renterisico's en niet speculeren. Daarnaast lijkt het hof bij de overweging of de bank haar zorgplicht heeft geschonden de nadruk te leggen op het niet in duidelijke bewoordingen inlichten van de ondernemer over het risico van een grote negatieve waarde, dat de bank een aanvullende zekerheid kan vragen in verband met deze negatieve waarde en de mogelijkheid van renteopslagen. Van een bank, een als bij uitstek deskundig te achten professionele financiële dienstverlener, mag verwacht worden dat zij haar klant volledig en in niet mis te verstane bewoordingen inlicht over de risico's van een dermate complex product als een renteswap wanneer zij dit product adviseert aan haar klant. Wanneer zij een ondeskundige, onervaren en niet-professionele klant adviseert mag er zelfs van de bank worden verwacht dat zij haar klant waarschuwt voor deze risico's. Ook het feit dat het de bank is geweest die als vereiste voor de lening heeft gesteld dat het renterisico moest worden afgedekt en vervolgens de renteswap heeft voorgesteld brengt volgens het hof met zich mee dat de bank eens te meer was gehouden om een goede, volledige en duidelijke voorlichting te geven.

In twee arresten worden de vorderingen van ondernemers gedeeltelijk toegewezen. In het ene arrest moet de bank de schade van ondernemer door de verhoging van de debiteurenopslag vergoeden. In het andere arrest oordeelt het hof dat de bank voldaan heeft aan haar informatieverplichting bij het aangaan van de renteswaptransactie. Doorslaggevende redenen hiervoor waren de deskundigheid (dertig jaar bancaire ervaring) van de door ondernemer ingeschakelde adviseur bij het afsluiten van de renteswap. De bank heeft haar zorgplicht volgens het hof wel geschonden door geen mededeling te doen nadat de financiering volledig was afgelost over het gegeven dat de renteswap was

⁷³ Hierbij is van belang dat een adviseur van de ondernemer rechtstreeks contact had met een medewerker van ING en dat deze adviseur zich actief opstelde; hij vond het zeer vreemd dat het ING-beleid was om maximaal een bedrag van € 3,5 miljoen te hedgen; hij liet zich uit over de gewenste hoogte van de risicoafdekking van € 6 miljoen, hij sprak in dat kader over een bedrijfsbesluit, en dat dat bedrag als vaste kern aanwezig was. Verder merkte hij op dat de rente ten opzichte van het vorige voorstel behoorlijk was opgelopen en gaf hij aan dat dit deels aan ING viel te verwijten. De adviseur zou ook terugbellen om door te geven of en wanneer ondernemer het renterisico wilde hedgen.

achtergebleven en dat de “open positie” die dit opleverde mogelijk grote financiële risico’s met zich bracht.

In twee arresten is het beroep op zorgplichtschending afgewezen door het hof. In beide arresten komt dit voornamelijk doordat de ene ondernemer wordt gekwalificeerd als een professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft) en de andere ondernemer als een grote professionele partij in civielrechtelijke zin en beiden niet gelijk kunnen worden gesteld met particulieren jegens wie een bijzondere zorgplicht geldt.

3.5 Conclusie

De volgende overwegingen zijn van belang voor het ontstaan van een bijzondere zorgplicht en de omvang hiervan in renteswapzaken:

- De bank is een bij uitstek professionele en deskundige partij ten opzichte van de ondernemer.
- De ondernemer kan op het terrein van rentederivaten niet als deskundig, als een professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft) of als een grote professionele partij in civielrechtelijke zin worden aangemerkt. Hoe groter de onderneming is, hoe groter de eigen verantwoordelijkheid van de onderneming is om zich goed te laten informeren en indien nodig zich bij te laten staan door een financieel deskundige.
- Een renteswap is een risicovol en ingewikkeld product.
- Er is sprake van een adviesrelatie waardoor de bank gehouden is om een goede, volledige en duidelijke voorlichting te geven.

Voorafgaand aan het afsluiten van een renteswap zijn de volgende factoren van belang voor het slagen van een beroep op schending van de bijzondere zorgplicht:

- De bank heeft onderzoek gedaan naar de situatie en behoeften van de ondernemer: zijn deskundigheid, kennis van en ervaring met renteswaps, zijn doelstellingen en risicobereidheid.
- De informatieverstrekking en het advies van de bank is aangepast op de situatie en behoeften van de ondernemer.
- De bank heeft voorafgaand aan het sluiten van een renteswapovereenkomst indringend, volledig en op niet mis te verstane wijze geïnformeerd over de kenmerken en gewaarschuwd voor de risico’s van renteswaps.

Tot slot zijn gedurende de looptijd van de renteswap de volgende factoren van belang voor het slagen van een beroep op schending van de bijzondere zorgplicht:

- De volgende risico’s hebben zich voorgedaan:
 - o De bank heeft de renteopslag verhoogd.
 - o Er is sprake geweest van een overhedge.
 - o De bank heeft interne derivatenlimieten aangehouden en/of aanvullende zekerheden gevraagd.
 - o De renteswap is voortijdig beëindigd en er is een negatieve waarde betaald.
- De bank moet de ondernemer informeren nadat de financiering volledig is afgelost over het gegeven dat de renteswap is achtergebleven en dat de “open positie” die dit oplevert mogelijk grote financiële risico’s met zich brengt.

4. Publiekrechtelijke regels voor financiële dienstverleners

In de Wet op het financieel toezicht, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen en de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen zijn diverse informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten voor financiële dienstverleners opgenomen die worden getoetst in het zogenaamde gedragstoezicht. “Een belangrijke reden om deze verplichtingen in publiekrechtelijke regelgeving op te nemen is niet alleen gelegen in het beschermen van de individuele belegger als zwakkere partij maar ook in het publieke belang dat het vertrouwen van de individuele belegger in de financiële markten hoogst noodzakelijk is voor het adequaat functioneren ervan.”⁷⁴ Met deze gedragsregels wordt naast het civielrechtelijke traject, waarin klanten zelf tegen financiële dienstverleners kunnen optreden, een algemeen toezicht geïntroduceerd om te waarborgen dat deze plichten daadwerkelijk worden nageleefd. De AFM is de gedragstoezichthouder voor de gehele financiële marktsector.

4.1 Wet op het financieel toezicht

Op 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: BGfo) en Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen in werking getreden. Richtlijn 2004/39/EG van 30 april 2004 (MiFID), waarin gedragsregels voor effectendienstverlening zijn neergelegd, is per 1 november 2007 geïmplementeerd in de Wft (onder meer in afdeling 4.2.3 van de Wft: Zorgvuldige dienstverlening) en nader geconcretiseerd in het BGfo. Per 3 januari 2018 is MiFID II in werking getreden. MiFID II bestaat uit de MiFID II-Richtlijn en de MiFIR-Verordening. De MiFID II-Richtlijn is in de Wft geïmplementeerd. De MiFIR-verordening heeft daarentegen rechtstreekse werking in het Nederlandse rechtsorde. De financiële markten zijn continu in beweging en de wetgeving moet voortdurend worden aangepast. Naast bovengenoemde grote wijzigingen blijft de Wft actueel door een jaarlijkse wijzigingscyclus⁷⁵.

In de volgende paragrafen zullen de belangrijkste wettelijke verplichtingen die banken volgens het huidige publiekrecht hebben bij het afsluiten van renteswaps met ondernemers uiteen worden gezet. Alle belangrijkste wettelijke verplichtingen die hierna beschreven zullen worden gelden sinds 1 januari 2007, behalve artikel 4:18a Wft, artikel 58b, 58c, 71a en 80a BGfo die gelden sinds 1 november 2007, en zijn nu nog steeds geldig, behalve artikel 58b, 58c, 71a en 80a BGfo die zijn vervallen per 3 januari 2018. Allereerst zullen de definities in de Wft beschreven worden. Vervolgens worden de precontractuele verplichtingen voor beleggingsondernemingen beschreven. Hierop volgend worden de twee verschillende soorten dienstverlening, execution-only of advies, beschreven. Tot slot wordt de informatieplicht gedurende de looptijd van de dienstverlening beschreven.

4.1.1 Definities Wft en de algemene zorgplicht

Wanneer in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelingen worden gedaan voor een of meer specifieke financiële instrumenten aan een bepaalde klant valt dit volgens artikel 1:1 Wft onder adviseren. In artikel 1:1 Wft staat opgenomen wat onder financiële instrumenten wordt verstaan. Een renteswap is volgens artikel 1:1 Wft een financieel instrument. Volgens ditzelfde artikel wordt er een beleggingsdienst verleend wanneer er in de uitoefening van beroep of bedrijf geadviseerd wordt over financiële instrumenten.

⁷⁴ C.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', AV&S 2009/11, p. 77.

⁷⁵ Op deze manier kan de overheid veranderingen of nieuwe regels op een overzichtelijke manier doorvoeren.

Een beleggingsonderneming⁷⁶ is degene die een beleggingsdienst verleent of een beleggingsactiviteit verricht.⁷⁷ Op grond van de Wft rust op een beleggingsonderneming een algemene zorgplicht. Ingevolge deze zorgplicht dient een beleggingsonderneming zich bij het verlenen van beleggingsdiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in te zetten voor de belangen van haar klanten en onthoudt zij zich van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt.⁷⁸ Deze algemene zorgplicht heeft een vangnetkarakter⁷⁹ en is in andere bepalingen in de Wft en BGfo verder uitgewerkt. Belangrijke verplichtingen die terug te voeren zijn op deze algemene zorgvuldigheidsnorm zijn de plicht tot het verstrekken van de klantovereenkomst, de plicht tot het aanhouden van een klantendossier, de plicht tot het verstrekken van informatie, de onderzoeksplicht en de waarschuwingsplicht.⁸⁰ In de volgende paragrafen zullen deze verplichtingen beschreven worden.

4.1.2 Precontractuele verplichtingen voor beleggingsondernemingen

Een beleggingsonderneming heeft voorafgaand aan de dienstverlening precontractuele verplichtingen. Zo moet de bank haar klanten voorafgaand aan het afsluiten van een renteswap classificeren en informeren. In de volgende paragrafen zullen de verplichtingen die een bank heeft voorafgaand aan het afsluiten van een renteswap met een ondernemer beschreven worden.

4.1.2.1 Klantclassificatie

Volgens artikel 4:18a Wft moeten beleggingsondernemingen hun klanten in een van de volgende categorieën indelen: in aanmerking komende tegenpartijen⁸¹, professionele beleggers of niet-professionele beleggers. Op welke wijze de beleggingsonderneming een klant classificeert, bepaalt de mate van beleggersbescherming die een klant geniet en daarmee welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn op de beleggingsonderneming. De bank moet klanten informeren over de gevolgen van de classificatie voor het beschermingsniveau. In aanmerking komende tegenpartijen genieten het laagste niveau van bescherming. Wanneer een ondernemer geclassificeerd wordt als niet-professionele belegger geldt het hoogste beschermingsniveau.

De definitie van een professionele belegger is opgenomen in artikel 1:1 Wft en luidt als volgt:
“Indien een onderneming voldoet aan twee van de volgende (drie) voorwaarden dan wordt zij aangemerkt als professionele belegger:

- a. Een balanstotaal van 20 miljoen;*
- b. Een netto-omzet van 40 miljoen;*
- c. Een eigen vermogen van 2 miljoen.”*

Wanneer de ondernemer niet aan twee van de bovengenoemde voorwaarden voldoet wordt de ondernemer automatisch geclassificeerd als niet-professionele belegger.

⁷⁶ Volgens artikel 1:1 Wft is een beleggingsonderneming een financiële onderneming.

⁷⁷ Artikel 1:1 Wft.

⁷⁸ Artikel 4:90 lid 1 Wft.

⁷⁹ Wanneer er specifieke regels ontbreken in de Wft kan de AFM op grond van dit artikel nog steeds handhavend optreden.

⁸⁰ B.M.C. Stenden, ‘Ontwikkeling van (bijzondere) zorgplicht in financiële dienstverlening’, Vakblad financiële planning mei 2015 nummer 5, p. 5.

⁸¹ Volgens artikel 1:1 Wft is een in aanmerking komende tegenpartij: een bank, beheerder van een beleggingsinstelling of beheerder van een icbe, beheerder van een pensioenfonds of van een daarmee vergelijkbare rechtspersoon of vennootschap, beleggingsinstelling of icbe, beleggingsonderneming, nationaal of regionaal overheidslichaam of overheidslichaam die de overheidsschuld beheert, centrale bank, financiële instelling, internationale of supranationale publiekrechtelijke organisatie of daarmee vergelijkbare internationale organisatie, pensioenfonds of daarmee vergelijkbare rechtspersoon of vennootschap, verzekeraar.

4.1.2.2 Informatieplicht

Volgens artikel 4:20 lid 1 Wft moeten beleggingsondernemingen voorafgaand aan het verlenen van de beleggingsdienst informatie verstrekken voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die beleggingsdienst. De passendheid van de informatie wordt nader ingevuld door de artikelen 58a t/m 58c BGfo.⁸² Zo staat in artikel 58c lid 1 BGfo dat de te verstrekken informatie onder meer een algemene beschrijving moet bevatten van de aard en de risico's van het desbetreffende financieel instrument die gedetailleerd genoeg is om de niet-professionele belegger in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen. In haar rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB van maart 2015 geeft de AFM aan dat de verstrekte informatie klanten in staat dient te stellen om de aard en risico's van de beleggingsdienst en de OTC-rentederivaten te beoordelen en een goede vergelijking te maken tussen passende alternatieven.⁸³

Volgens artikel 4:19 Wft moet de informatie over het financiële product of de financiële dienst die een beleggingsonderneming aan klanten verstrekt of beschikbaar stelt, waaronder reclame-uitingen, correct, duidelijk en niet misleidend zijn. De AFM geeft in haar rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB van maart 2015 aan dat dit betekent dat de bank de informatie in voor de klant begrijpelijke taal schrijft en niet alleen de voordelen, maar ook de risico's van een beleggingsdienst of financieel instrument op vergelijkbare wijze toont.⁸⁴

Daarnaast geeft de AFM aan dat de bank bij het begin van de dienstverlening aan haar klanten duidelijk dient te maken wat er van de bank verwacht mag worden: geeft de bank een advies of moet de klant op basis van de verkregen informatie zelfstandig uitzoeken welk product het beste aansluit bij zijn situatie en uitgangspunten (execution-only).⁸⁵

4.1.2.3 Eisen aan dossiervorming

De AFM geeft aan dat de bank van iedere klant een dossier dient aan te houden met een klantovereenkomst die duidelijk maakt welke beleggingsdienst is verleend.⁸⁶ Dit is conform artikel 4:89 Wft. Volgens artikel 4:89 lid 1 moet dit dossier documenten bevatten waarin de wederzijdse rechten en verplichtingen van de bank en de klant zijn beschreven. "Het dossier dat de bank met betrekking tot een specifieke klant vastlegt, bevat niet alleen de verplichte gegevens van de klant en getekende overeenkomsten, maar ook informatie op basis waarvan zowel controlerende instanties binnen de bank, als ook de AFM, de verleende dienst kunnen reconstrueren."⁸⁷ "Ook stelt de informatie in het dossier de interne en externe toezichthouder in staat om toezicht te houden en te beoordelen of de dienstverlening passend is geweest en het afgesloten product geschikt is."⁸⁸

4.1.3 Soort dienstverlening

Naast bovengenoemde precontractuele verplichtingen gelden voor beleggingsondernemingen specifieke precontractuele verplichtingen afhankelijk van het soort dienstverlening. In de dienstverlening van beleggingsondernemingen wordt onderscheid gemaakt tussen dienstverlening waarbij de klant volledig zelfstandig een beleggingsbeslissing neemt (execution-only) en dienstverlening waarbij de beleggingsonderneming de klant adviseert (advies).⁸⁹

⁸² Artikel 58b en 58c BGfo gelden per 1 november 2007 en zijn op 3 januari 2018 vervallen.

⁸³ Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB, maart 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

⁸⁴ AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

⁸⁵ AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

⁸⁶ AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

⁸⁷ Aldus de AFM in: AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 26.

⁸⁸ Aldus de AFM in: AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 26.

⁸⁹ Kamerstukken 2013/2014, 31 311, nr. 124, p. 18.

In de rechtspraak is door banken regelmatig betoogd dat zij bij het afsluiten van renteswaps met ondernemers slechts als contractuele wederpartij van de ondernemers optraden, dit mede onder verwijzing naar de verstrekte standaarddocumentatie waarin doorgaans staat vermeld dat de bank niet adviseert en alleen als wederpartij optreedt bij de renteswapovereenkomst.⁹⁰ De AFM geeft echter aan dat het in de praktijk er vaak wel op lijkt dat de bank advies geeft.⁹¹ “Ook in de rechtspraak wordt op grond van de feiten vrijwel altijd aangenomen dat de bank heeft geadviseerd, vaak omdat de renteswap op initiatief van de bank onder de aandacht is gebracht van de ondernemer.”⁹² Wanneer de bank heeft geadviseerd geldt er voor de bank een zwaardere zorgplicht dan bij execution-only.

Volgens de definities van de Wft heeft de bank renteswaps geadviseerd.⁹³ Volgens de AFM “is er sprake van een beleggingsadvies wanneer aan de volgende vijf cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. Er moet sprake zijn van een aanbeveling, niet enkel het delen van informatie.
2. Het moet gaan om een aanbeveling gericht op een transactie in een financieel instrument.
3. De aanbeveling die gedaan wordt, wekt de suggestie dat deze passend is voor de individuele klant of wordt gegeven op basis van de persoonlijke situatie.
4. De aanbeveling richt zich op de individuele klant⁹⁴.
5. De aanbeveling dient zich te richten op een (gevolmachtigde van een) belegger.”⁹⁵

4.1.3.1 Execution-only dienstverlening en de waarschuwingsplicht

Wanneer er sprake is van execution-only dienstverlening neemt de klant volledig zelfstandig een beleggingsbeslissing en voert de bank deze order uit. De bank adviseert dus niet. Banken dienen volgens artikel 4:24 lid 1 Wft in dit geval wel de kennis en ervaring van de klant met betrekking tot de desbetreffende financiële dienst of het financieel product te inventariseren zodat de bank kan beoordelen of deze dienst of dat product passend is voor de klant. Op grond van artikel 4:24 lid 3 Wft dient de bank de klant te waarschuwen indien zij de financiële dienst niet passend vindt voor de klant. Volgens artikel 4:24 lid 6 Wft mag deze waarschuwing in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt. Artikel 4:24 Wft ziet op beleggingsdiensten anders dan beleggingsadvies of vermogensbeheer.⁹⁶

4.1.3.2 Advies dienstverlening en het ken-uw-klantbeginsel

Wanneer banken advies geven met betrekking tot renteswaps dan gelden verdergaande verplichtingen. De bank is in dit geval verplicht om het ken-uw-klantbeginsel, vastgelegd in artikel 4:23 Wft, na te leven. De bank is dan verplicht een klantenprofiel op te stellen. Volgens artikel 4:23 lid 1 Wft dient de bank in het belang van de klant informatie in te winnen over diens financiële

⁹⁰ J.A. Möhlmann en M.R. Fidler, ‘Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controverse?’, FR 2016, nr. 7/8, p. 295.

⁹¹ AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB, September 2013, p. 4 en 5.

⁹² Aldus E.P. Roelofsen, ‘Een kritische beschouwing van de huidige stand van zaken met betrekking tot de jurisprudentie aangaande rentederivaten en het MKB’, FR 2015/5, p. 193.

⁹³ Wanneer in de uitoefening van een beroep of bedrijf aanbevelingen worden gedaan voor een of meer specifieke financiële instrumenten zoals renteswaps aan een bepaalde klant valt dit volgens artikel 1:1 Wft onder adviseren. Advisering met betrekking tot een renteswap moet als een beleggingsadvies in de zin van artikel 1:1 Wft worden aangemerkt.

⁹⁴ De AFM geeft aan dat deze voorwaarde in de Uitvoeringsrichtlijn MiFID wordt genoemd als ‘De aanbeveling is niet (alleen) gedaan aan het publiek, of via distributiekkanalen.’ Vanwege de begrijpelijkheid heeft de AFM deze voorwaarde iets anders geformuleerd.

⁹⁵ AFM Leidraad kwalificatie innovatieve dienstverlening, Interpretaties bij het uitwerken van dienstverlening op maat, 23 augustus 2016, p. 9.

⁹⁶ Artikel 4:24 lid 1 Wft.

positie⁹⁷, kennis, ervaring, doelstellingen⁹⁸ en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies. De bank inventariseert en beoordeelt kennis en ervaring van de klant om vast te stellen of de klant het advies kan beoordelen, begrijpt en de consequenties van de transactie overziet.⁹⁹ Het ken-uw-klant-beginsel van artikel 4:23 Wft werd deels uitgewerkt in artikel 80a BGfo.¹⁰⁰ De beleggingsonderneming moest kunnen vaststellen dat een transactie waarop haar advies betrekking heeft (a) voldoet aan de beleggingsdoelstellingen¹⁰¹ van de klant, (b) van dien aard is dat de klant de met zijn beleggingsdoelstellingen samenhangende beleggingsrisico's financieel kan dragen en (c) van dien aard is dat de klant, gelet op diens ervaring en kennis, kan begrijpen welke beleggingsrisico's aan de transactie of aan het beheer van de portefeuille verbonden zijn. De bank dient er volgens artikel 4:23 lid 1 Wft zorg voor te dragen dat haar advies mede is gebaseerd op de ingewonnen informatie. Het advies bevat de oplossing die het beste past bij het belang en de uitgangspunten (kennis en ervaring, financiële positie, doelstelling en risicobereidheid) van de klant en die tevens kostenefficiënt en begrijpelijk is.¹⁰²

4.1.4 Informatieplicht gedurende looptijd

Een beleggingsonderneming heeft, ongeacht het type dienstverlening, ook gedurende de looptijd van de renteswap verplichtingen richting de klant. De informatieplicht van artikel 4:20 lid 1 geldt volgens artikel 4:20 lid 3 Wft ook gedurende de looptijd van de overeenkomst: banken moeten de klant op de hoogte brengen van wezenlijke wijzigingen in de informatie die bij het eerste advies is verstrekt. Daarnaast moesten banken volgens artikel 71a lid 1 BGfo¹⁰³ een klant voor wie zij financiële instrumenten aanhoudt ten minste eenmaal per jaar een overzicht van de financiële instrumenten zenden. In dit overzicht staat de actuele marktwaarde van het afgesloten rentederivaat.¹⁰⁴

4.2 Conclusie

Op basis van de Wft moeten banken voorafgaand aan het afsluiten van de renteswap met het MKB:

- Klanten indelen in een klantclassificatie: in aanmerking komende tegenpartijen, professionele beleggers of niet-professionele beleggers (artikel 4:18 Wft);
- Klanten informeren over de gevolgen van de indeling voor het beschermingsniveau dat zij genieten;
- Klanten informeren over de soort dienst (execution-only of advies) die zij verlenen en de gevolgen hiervan;
- Het ken-uw-klantbeginsel naleven (artikel 4:23 Wft);
- Hun advies afstemmen op de ingewonnen informatie (artikel 4:23 lid 2 Wft);
- Klanten voorzien van relevante informatie voor het kunnen beoordelen van de renteswap (4:20 Wft);
- Klanten voorzien van correcte, duidelijke en niet misleidende informatie (artikel 4:19 Wft);
- Voldoen aan de eisen gesteld aan dossiervorming (4:89 Wft).

⁹⁷ Volgens de AFM (AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25) dient de bank bij het inventariseren van de financiële positie in ieder geval de financiële vooruitzichten, de leningvoorwaarden en eventueel de rentevisie van de klant in kaart te brengen.

⁹⁸ Door dit te inventariseren kan de bank zo specifiek mogelijk bepalen welk renterisico de klant wenst af te dekken aldus de AFM (AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25).

⁹⁹ AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

¹⁰⁰ Dit artikel geldt per 1 november 2007 en is vervallen per 3 januari 2018.

¹⁰¹ Het beleggingsdoel van ondernemers die een renteswap afsloten was bijna altijd: het beschermen tegen renterisico's en dan specifiek tegen rentestijging. Een rentecap kan hiervoor ook geschikt zijn. Dit is het meest veilige product waarmee alle renterisico's afgedekt worden. De ondernemer betaalt een premie voor het afsluiten van een rentecap. De rentecap krijgt nooit een negatieve waarde.

¹⁰² Aldus de AFM in: AFM 2015, bijlage 1: Overzicht belangrijkste wettelijke eisen, p. 25.

¹⁰³ Dit artikel geldt per 1 november 2007 en is vervallen per 3 januari 2018.

¹⁰⁴ AFM 2014, p. 13.

Gedurende de looptijd van de renteswap dient de bank:

- De klant op de hoogte te brengen van wezenlijke wijzigingen in de informatie die bij het eerste advies is verstrekt (artikel 4:20 lid 3 Wft).

5. Publiekrechtelijke regels in renteswapuitspraken

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de manier waarop de publiekrechtelijke regels terugkomen in de privaatrechtelijke renteswapjurisprudentie. Allereerst wordt er aandacht besteed aan de verhouding tussen de privaatrechtelijke zorgplicht en de publiekrechtelijke regels.

5.1 Verhouding privaatrechtelijke zorgplicht en publiekrechtelijke regels

Waar de privaatrechtelijke zorgplicht ontstaat uit een open civiele norm en door de civiele rechter wordt toegespitst op de omstandigheden van het geval, zijn publiekrechtelijke regels concreet van aard en algemeen geldend.¹⁰⁵ “Een aantal regels die in de Wft zijn opgenomen ten aanzien van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen van de financiële dienstverlener, golden ook al op basis van de open normen¹⁰⁶ in het privaatrecht.”¹⁰⁷ Dat er een samenhang kan bestaan tussen de publieke en private normen volgt reeds uit de Parlementaire Geschiedenis: “Of en in welke mate de rechter in een civielrechtelijke procedure een overtreding van de Wft meeneemt, zal afhangen van hetgeen de cliënt vordert, op welke civielrechtelijke bepalingen deze vordering wordt gebaseerd en welke gronden daartoe worden aangevoerd.”¹⁰⁸

De privaatrechtelijke rechter is niet gebonden aan de publiekrechtelijke invulling van zorgplichten. De Hoge Raad heeft expliciet bepaald dat de privaatrechtelijke zorgplicht verder mag reiken dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.¹⁰⁹ Ook in een zeer uitvoerig gemotiveerd arrest van 15 april 2014 geeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch aan dat “de uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens de ondernemer alsmede de eisen die aan een goed opdrachtnemer gesteld mogen worden, kunnen meebrengen dat een financiële dienstverlener gehouden is tot een verdergaande zorgplicht dan voortvloeit uit de (destijds geldende) publiekrechtelijke regelgeving, reeds omdat de publiekrechtelijke zorgplicht de privaatrechtelijke zorgplicht wel beïnvloedt, maar niet bepaalt”.¹¹⁰ “Uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 mei 2013¹¹¹ volgt ook niet dat de civiele rechter geen verdergaande zorgplichten mag aannemen dan in afdeling 4.2.3 van de Wft zijn neergelegd”, aldus het hof.¹¹²

“Een schending van een publiekrechtelijke regel die de ondernemer beschermt, vormt doorgaans een zorgplichtschending.”¹¹³ Dit wordt de directe beïnvloeding genoemd. “De directe beïnvloeding houdt in dat schending van een gedragsregel over de band van strijd met een wettelijke plicht (artikel

¹⁰⁵ O.O. Cherednychenko, ‘Het private in het publieke recht: over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht’, RMThemis 2012-5, p. 228.

¹⁰⁶ Zoals de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW), hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW).

¹⁰⁷ Volgens Chr. H. van Dijk, F. van der Woude, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht’, AV&S 2009/11, p. 74.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

¹⁰⁹ Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.5.8. (Effectenlease Levob) en ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5. (De Treek/Dexia).

¹¹⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.4. Het Hof verwijst hierbij naar Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Effectenlease Levob) en ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia).

¹¹¹ Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 mei 2013 nr. C-604/11 (JOR 2013, 274).

¹¹² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.4. Het Hof verwijst hierbij naar Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Effectenlease Levob) en ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia).

¹¹³ Volgens B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck, *Uniform herstellkader rentederivaten MKB*, 19 december 2016, p. 18.

6:162 lid 2 BW) beschouwd wordt als een privaatrechtelijke relevante normschending.”¹¹⁴ “Daarnaast kan een gedragsregel meer indirect de privaatrechtelijke normstelling beïnvloeden door het invullen van open normen, zoals de maatschappelijke betamelijkheid (artikel 6:162 BW), de zorg van een goed opdrachtnemer (artikel 7:401 BW) en de bijzondere zorgplicht op basis van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW).”¹¹⁵ Publiekrechtelijke regels werken dus door in de normen van het civiele recht. De abstracte privaatrechtelijke normen¹¹⁶ waarop de bijzondere zorgplicht van de bank rust worden geconcretiseerd door de publiekrechtelijke regels.

In meerdere renteswapzaken overweegt het hof dat er op de bank jegens de ondernemer een zorgplicht rust die mede wordt ingevuld aan de hand van de Wft en aanverwante regelgeving en waarvan de omvang afhangt van de omstandigheden van het geval.¹¹⁷ In veel renteswapzaken wordt er verwezen naar artikelen van de Wft. In de volgende paragrafen zullen deze verwijzingen beschreven en geanalyseerd worden.

5.2 Publiekrechtelijke regels in renteswapzaken

5.2.1 Niet-professionele belegger volgens artikel 1:1 Wft

Voor het ontstaan van een bijzondere zorgplicht in renteswapzaken is het onder andere van belang dat de ondernemer niet als een professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft) kan worden aangemerkt. In meerdere uitspraken vormt het hof haar oordeel over het intreden van een bijzondere zorgplicht door te overwegen dat de ondernemer die de renteswap heeft afgesloten een niet-professionele belegger volgens artikel 1:1 (onder q.) van de Wft is.

In beide arresten waarin het beroep op zorgplichtschending is afgewezen door het hof komt dit voornamelijk doordat de ene ondernemer wordt gekwalificeerd als een professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft) en de andere ondernemer als een grote professionele partij in civielrechtelijke zin en beiden niet gelijk kunnen worden gesteld met particulieren jegens wie een bijzondere zorgplicht geldt. Zo overweegt het Gerechtshof Den Haag op 21 juni 2016 dat wanneer iemand een professionele belegger is er geen bijzondere zorgplicht op de bank rust die ertoe strekt dat de bank de ondernemer dient te beschermen tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid.¹¹⁸ “Dit neemt uiteraard niet weg dat de bank wel verplicht is de benodigde informatie te verschaffen opdat de ondernemer een geïnformeerde beslissing kan nemen over het al dan niet aangaan van renteswaps”, aldus het hof.¹¹⁹ De uit de Wft en het BGfo voortvloeiende zorgplicht is in beginsel relatief beperkt van aard voor een ondernemer die een professionele belegger is in de zin van de Wft¹²⁰. Het hof geeft aan dat deze verplichtingen de

¹¹⁴ Aldus M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling; lessen uit Duitsland en Europa', NTBR 2014/35, p. 288.

¹¹⁵ M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling; lessen uit Duitsland en Europa', NTBR 2014/35, p. 288.

¹¹⁶ Zoals de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW), hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW).

¹¹⁷ Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3366, r.o. 3.6. en Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.8.

¹¹⁸ Aldus het Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.6.

¹¹⁹ Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.6.

¹²⁰ Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.7. Het hof geeft aan dat de Bank aan een professionele belegger een algemene beschrijving van de aard en risico's van de financiële instrumenten dient te verstrekken die gedetailleerd genoeg is om de belegger in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen (art. 58f BGfo), waarbij de Bank ervan mag uitgaan dat een professioneel belegger de met zijn beleggingsdoelstellingen samenhangende beleggingsrisico's financieel kan dragen en over de nodige kennis en ervaring beschikt (art. 80a lid 4 en 5 BGfo)

algemene civielrechtelijke zorgplicht kleuren die de bank jegens de professionele belegger heeft.¹²¹ Ook wanneer een professionele belegger niet deskundig is op het gebied van rentederivaten rust er op de bank geen (veel) verdergaande zorgplicht dan uit de Wft voortvloeit.¹²² Het hof overweegt dat uit de Wft volgt dat rechtspersonen met een bepaalde (grote) omvang worden geacht zelf de benodigde financiële beslissingen te nemen en zelf te kunnen inschatten wanneer zij daarvoor nader advies moeten vragen bij een financiële instelling.

5.2.2 Financieel instrument en beleggingsadvies volgens artikel 1:1 Wft

Voor het ontstaan van een bijzondere zorgplicht is het van belang wat de complexiteit en de risico's van het product zijn. Zo overweegt het hof in het arrest van 15 april 2014 dat een renteswap volgens de Wft een complex financieel instrument is en onderbouwt dit met het argument dat dit financieel instrument immers vermeld is in bijlage I, deel C, punt 4 van de MiFID-richtlijn (en in artikel 1:1 van de Wft genoemd als financieel instrument onder d.), zodat ingevolge artikel 38 van de MiFID-uitvoeringsrichtlijn is uitgesloten dat zij als niet-complex kan worden aangemerkt (vgl. HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-604/11, JOR 2013, 274).¹²³ Ook in een andere renteswapuitspraak overweegt het hof dat een plain vanilla swap niet kan worden beschouwd als een niet-complex product in de zin van de Wft/Mifid.¹²⁴

Daarnaast is voor het ontstaan van een bijzondere zorgplicht van belang dat er sprake is van een adviesrelatie waardoor de bank gehouden is om een goede, volledige en duidelijke voorlichting te geven. Zo overweegt wordt door het hof overwogen dat een renteswap een derivaat is en kwalificeert als een financieel instrument en daarmee als een financieel product in de zin van art. 1:1 van de Wft en dat advisering met betrekking tot een dergelijk financieel instrument als beleggingsadvies in de zin van art. 1:1 Wft moet worden aangemerkt en dat de bank terecht heeft berust in het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een adviesrelatie.¹²⁵ In weer een andere renteswapuitspraak verwijst het hof naar de Mifid: een dergelijke advisering met betrekking tot een financieel instrument dient als beleggingsadvies te worden aangemerkt (art. 4 lid 1 sub 4 Mifid).¹²⁶ Het hof concludeert ook in twee andere renteswapzaken dat de desbetreffende kredietrelatie tussen de bank en de klant moet worden gekwalificeerd als een adviesrelatie.¹²⁷ Het hof overweegt hiertoe dat een renteswap een derivaat en een financieel instrument in de zin van art. 1:1 Wft is en dat uit de overlegde brieven volgt dat de bank de renteswap heeft geadviseerd aan klant. Een dergelijke advisering met betrekking tot een financieel instrument moet (ook) als beleggingsadvies in de zin van art. 1:1 Wft worden aangemerkt.¹²⁸

Wanneer de bank een risicovol en ingewikkeld product adviseert heeft de bank een bijzondere zorgplicht tegenover de ondeskundige en niet-professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft).

5.2.3 Informatieplicht van artikel 4:20 lid 1 Wft

In het arrest van 15 april 2014¹²⁹ overweegt het hof dat de bank in het kader van de op haar rustende zorgplicht, ondernemer voldoende indringend, dat wil zeggen uitdrukkelijk en in niet voor

¹²¹ Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.7.

¹²² Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692, r.o. 4.7.

¹²³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.9.

¹²⁴ Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255, r.o. 9.2.

¹²⁵ Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3366, r.o. 3.6.

¹²⁶ Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255, r.o. 8.2.

¹²⁷ Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637, r.o. 3.4 en Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.3.

¹²⁸ Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637, r.o. 3.4 en Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.3.

¹²⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.10.

misverstand vatbare bewoordingen, dient te waarschuwen voor de bijzondere risico's die zijn verbonden aan de renteswap. Het hof geeft aan dat dit ook bepaald is in artikel 4:20 lid 1 Wft, 80a Bgfo en artikel 19 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn MiFID. Het hof stelt dat blijkens artikel 4:20 lid 1 Wft informatie over de aard en de werking van renteswaps en de daaraan verbonden risico's ook voorafgaand aan het verlenen van een beleggingsdienst dient te worden gegeven en dat in artikel 19 lid 3 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID is bepaald dat de informatie (de waarschuwing) over het betreffende instrument in gestandaardiseerde vorm mag worden verstrekt.¹³⁰

In een arrest van 27 september 2016¹³¹ geeft het hof met betrekking tot de civielrechtelijke zorgplicht van een financiële dienstverlener jegens een niet-professionele belegger aan dat deze in acht te nemen zorgplicht ook voortvloeit uit de Wft en het BGfo. Op grond van deze publiekrechtelijke regelgeving dient de financiële dienstverlener voorafgaand aan het adviseren aan de klant informatie te verstrekken teneinde hem in staat te stellen een adequate beoordeling van het financiële product uit te voeren (art. 4:20 Wft en 58a BGfo).¹³² De te verstrekken informatie moet onder meer een algemene beschrijving bevatten van de aard en de risico's van het desbetreffende financieel instrument die gedetailleerd genoeg is om de niet-professionele belegger in staat te stellen een beleggingsbeslissing te nemen (art. 58c BGfo).¹³³

5.2.4 Het ken-uw-klant beginsel van artikel 4:23 Wft

Het hof overweegt in een arrest van 15 april 2014 dat "de bijzondere op de bank rustende zorgplicht voorts inhoudt dat zij aan ondernemer een geschikt financieel instrument moest adviseren, en dat, nu de renteswap, zoals het hof hiervoor heeft geoordeeld, een complex en risicovol instrument betreft, de bank verplicht was zich te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van ondernemer en haar advies vervolgens af te stemmen op het aldus verkregen cliëntenprofiel (ken uw klant beginsel) (zoals ook neergelegd in artikel 4:23 lid 1 Wft, de artikelen 80a en 80c Bgfo en artikel 19 lid 4 Uitvoeringsrichtlijn MiFID)."¹³⁴ Het hof concludeert dat indien de bank destijds heeft verzuimd een klantenprofiel op te stellen en haar advies aldus niet op het klantenprofiel van ondernemer heeft afgestemd, zij in zoverre haar zorgplicht heeft geschonden.¹³⁵ Ook in een arrest van 27 september 2016 overweegt het hof dat wanneer de financiële dienstverlener adviseert over een financieel instrument zij in het belang van de klant tevens informatie dient in te winnen over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies, en zij haar advies daarop dient af te stemmen.¹³⁶ De informatie die verstrekt moet worden om een adequate beoordeling mogelijk te maken is onder meer afhankelijk van de complexiteit van het financiële product en de kennis en ervaring van de klant (art. 4:23 Wft en 80a Bgfo).¹³⁷

5.3 Conclusie

Er zijn veel gelijkenissen tussen de privaatrechtelijke zorgplicht en de publiekrechtelijke regels. Publiekrechtelijke regels worden gebruikt in renteswapzaken om invulling te geven aan de open privaatrechtelijke normen en hebben een concretiserende werking, daarnaast worden privaatrechtelijke normen weer vertaald in publiekrechtelijke regels.

¹³⁰ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.10. Per 13 juni 2014 is dit ook opgenomen in lid 6 van artikel 4:20 Wft.

¹³¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.

¹³² Aldus het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294, r.o. 3.10.5.

¹³³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294, r.o. 3.10.5 en ook Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842, r.o. 3.11 en Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043, r.o. 3.14.

¹³⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.11.

¹³⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052, r.o. 4.11.12.

¹³⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.

¹³⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294, r.o. 3.10.5.

6. De rol van de AFM in de renteswapproblematiek en het Uniform Herstelkader

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de bevoegdheden van de AFM en de rol van de AFM in de renteswapproblematiek. Daarnaast zal er aandacht worden besteed aan het Uniform Herstelkader en de totstandkoming hiervan.

6.1 De AFM

De Autoriteit Financiële Markten is de gedragstoezichthouder voor de gehele financiële marktsector in Nederland en let erop dat financiële instellingen zich aan de wetten en regels houden. De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan met wettelijke taken en bevoegdheden. De AFM maakt gebruik van verschillende maatregelen om de naleving van wet- en regelgeving af te dwingen. Naast de zwaardere formele handhavingsmaatregelen¹³⁸, maakt de AFM het meest gebruik van informele, zogenaamde normoverdragende instrumenten zoals waarschuwingsbrieven en normoverdragende brieven¹³⁹. In 2019 heeft de AFM slechts 68 formele toezichtmaatregelen genomen tegenover 616 informele toezichtmaatregelen.¹⁴⁰

6.2 De rol van de AFM in de renteswapproblematiek

In 2013 heeft de AFM voor het eerst vastgesteld dat er tekortkomingen waren bij de rentederivatendienstverlening door banken. Volgens de AFM is de bank onduidelijk over welke soort dienstverlening (execution-only of advies) zij aanbiedt bij het verlenen van renteswaps. De bank zegt geen advies te geven en alleen de opdracht van de klant uit te voeren maar in de praktijk lijkt het er vaak wel op dat zij advies geeft.¹⁴¹ Ook stelt de AFM vast dat negatieve scenario's, wanneer de marktrente daalt en er een negatieve marktwaarde ontstaat, in de informatieverstrekking onderbelicht blijven. Wanneer de marktrente daalt en er een negatieve marktwaarde ontstaat verslechtert dit de vermogenspositie van de klant waardoor de bank de renteopslag kan verhogen. Volgens de AFM blijkt uit de informatieverstrekking ook onvoldoende duidelijk dat een renteswap geen garanties biedt tegen stijgende rentelasten als gevolg van stijging van deze renteopslagen.¹⁴²

Wanneer de bank een execution only-dienstverlening aan een klant aanbiedt dient zij te toetsen of deze dienstverlening past bij de klant. Wanneer blijkt dat op basis van de kennis en ervaring van de klant deze soort dienstverlening niet geschikt is dient de bank haar klant hiervoor te waarschuwen. Wanneer de bank haar klant adviseert dient zij gegevens in te winnen over de risicobereidheid en de doelstelling van de klant. De AFM constateert dat uit de dossiers van de bank vaak niet te herleiden is in hoeverre er door de bank informatie bij de klant is ingewonnen over de deze genoemde aspecten.¹⁴³ De AFM geeft aan dat het daardoor lastig is te beoordelen of de aangeboden dienst geschikt is. In veel dossiers heeft de AFM bovendien geconstateerd dat het inventariseren van de doelstelling en risicobereidheid voorafgaand aan de start van de dienstverlening een formaliteit is: bij meerdere banken is de doelstelling namelijk al vooraf ingevuld (en komt er samengevat op neer dat de klant heeft aangegeven dat hij zijn renterisico wil afdekken), terwijl de feitelijke invulling van deze doelstelling hier niet altijd mee overeenkomt.

¹³⁸ Zoals bijvoorbeeld een aanwijzing (artikel 1:75 Wft), last onder dwangsom (artikel 1:79 Wft) en bestuurlijke boete (artikel 1:81 Wft).

¹³⁹ In deze brieven geeft de AFM uitleg over de overtreden norm. De onderneming wordt gevraagd aan te geven hoe zij aan de norm gaat voldoen en hoe zij voorkomt dat de norm in de toekomst wordt overtreden.

¹⁴⁰ Jaarverslag 2019 AFM, p. 41.

¹⁴¹ AFM Rapportage Rentederivaten, *Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB*, September 2013, p. 4.

¹⁴² AFM 2013, p. 5.

¹⁴³ AFM 2013, p. 5.

De AFM constateert verder dat de dossiervorming onvoldoende is en dat in veel dossiers gegevens van het dienstverleningsproces ontbreken.¹⁴⁴ Ook gegevens van een adequate periodieke herziening van de afgesloten transactie ontbreken vaak. Deze matige dossiervorming leidt ertoe dat het voor de AFM moeilijk is om te reconstrueren hoe de dienstverlening precies verlopen is en welke zaken er wel of niet met de klant besproken zijn. Tot slot heeft de AFM geconstateerd dat klanten van de meeste banken niet duidelijk genoeg geïnformeerd worden over hoe zij worden geclassificeerd (als professioneel of als niet-professioneel) en welke consequenties dit voor hen heeft. Sommige klanten krijgen wel een aparte brief waarin wordt medegedeeld hoe de bank hen heeft geclassificeerd (en enige informatie over de gevolgen hiervan) terwijl bij andere klanten dit alleen een 'aankruismogelijkheid' op een inventarisatieformulier is.

In 2014 heeft de AFM in aanbevelingen¹⁴⁵ gedaan voor passende dienstverlening en de banken opgeroepen om alle lopende derivaten bij het MKB te herbeoordelen. Door de AFM is er in december 2015 geconstateerd dat de herbeoordelingen van rentederivatencontracten bij de betrokken banken onjuistheden en onvolledigheden bevatten waardoor het klantbelang onvoldoende centraal was gesteld.¹⁴⁶ Vervolgens heeft de Minister van Financiën op voordracht van de AFM de onafhankelijke Derivatencommissie ingesteld die bestaat uit drie deskundigen. Zij hebben uiteindelijk een uniform herstellkader¹⁴⁷ vastgesteld waarbij alle betrokken banken zich hebben aangesloten. De AFM is door de minister van Financiën gevraagd om toezicht te houden op de uitvoering van het herstellkader.

6.3 Het Uniform Herstellkader

Op 19 december 2016 is het definitieve Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB (hierna: het herstellkader) gepubliceerd. Het herstellkader schrijft voor hoe de herbeoordelingen moeten worden uitgevoerd en wie er voor in aanmerking komen. De zes betrokken banken (ABN AMRO, Deutsche Bank, ING, Rabobank, SNS Bank en Van Lanschot) hebben ingestemd met dit definitieve kader en zijn begin 2017 gestart met de uitvoering hiervan. De betrokken banken moeten aan de MKB-klanten een coulancevergoeding aanbieden. Alleen niet-professionele beleggers volgens artikel 1:1 Wft komen in aanmerking voor een coulancevergoeding, ondernemingen die derhalve groot zijn en als professionele beleggers worden bestempeld komen niet in aanmerking voor een vergoeding.

De coulancevergoeding bedraagt twintig procent van de rente die de MKB-klant per saldo onder een renteswap heeft betaald en, indien de renteswap nog loopt, naar verwachting nog zal moeten betalen en heeft een maximum van € 100.000. Ook moet de eventuele renteopslag op de lening die door een rentederivaat werd afgedekt door de banken worden vergoed en in de toekomst ongedaan worden gemaakt. Dit bedrag is niet aan een maximum gebonden. Wanneer het rentederivaat niet (voldoende) aansluit bij de onderliggende lening dient dit tevens vergoed te worden. Hiervan is sprake bij een overhedge in looptijd of omvang en een verschil in referentierente tussen de lening en de renteswap¹⁴⁸. Ook deze vergoeding is niet aan een maximum gebonden.

In totaal zijn er volgens de AFM 21.604 MKB-klanten met een lopend derivaat tussen 1 april 2011 en 1 april 2014 die een aanbod krijgen of een brief dat zij hiervoor niet in aanmerking komen omdat zij

¹⁴⁴ Zo ontbreken volgens de AFM vaak gespreksverslagen, is het moeilijk om te achterhalen welke partij de initiatiefnemer is voor het afsluiten voor een rentederivaat en zijn in dossiers nauwelijks marktwaardeoverzichten aangetroffen.

¹⁴⁵ Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening 2014.

¹⁴⁶ <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2015/dec/rentederivaten>

¹⁴⁷ Knüppe, Kocken & Schimmelpenninck 2016.

¹⁴⁸ Wanneer de referentierente op de lening eenmaands Euribor is en op de renteswap driemaands Euribor of andersom.

als een professionele belegger zijn gekwalificeerd en hierdoor zijn uitgesloten van het herstellkader.¹⁴⁹ In totaal zijn er 37.433 rentederivatencontracten afgesloten volgens de AFM.¹⁵⁰ In de zesde voortgangsrapportage van de AFM d.d. 28 januari 2020 geeft de AFM aan dat in 2019 alle zes de banken alle betrokken MKB-klienten een compensatievoorstel gestuurd hebben en dat op 31 december 2019 daarmee aan 18.907 MKB-klienten een bedrag van circa € 1,4 miljard aan compensatie aangeboden is.¹⁵¹ Op 31 december 2019 hebben 16.798 MKB-klienten het aanbod van hun bank geaccepteerd. Hiermee heeft 89% van de klienten het aanbod geaccepteerd. Na acceptatie van het aanbod wordt de compensatie door de banken uitbetaald en worden lopende derivaten en/of leningen aangepast als het herstellkader dat vereist.

Een MKB-klient die akkoord gaat met de coulancevergoeding verleent daarmee algehele en finale kwijting aan de bank ter zake van alle klachten en vorderingen die de MKB-klient jegens de Bank heeft in verband met het rentederivaat.¹⁵² Daarnaast verleent de MKB-klient de bank finale kwijting voor eventuele gevolgschade.¹⁵³

Het nadeel van het herstellkader is dat ondernemers slechts twintig procent van de betaalde swaprente met een maximum van € 100.000 vergoed krijgen. In het geval van procederen heeft de ondernemer kans op een vergoeding voor de hele schade. Het voordeel van het herstellkader is dat de ondernemer zeker is van een vergoeding, wat in het geval van procederen niet zo is. Daarnaast zal de ondernemer ook eerder een vergoeding krijgen vanuit het herstellkader dan met procederen het geval is, wat enkele maanden tot jaren kan duren.

¹⁴⁹ AFM Voortgangsrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020, p. 4.

¹⁵⁰ AFM Voortgangsrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020, p. 4.

¹⁵¹ AFM Voortgangsrapportage Uniform Herstellkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020, p. 3.

¹⁵² B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken & R.J. Schimmelpenninck, Uniform herstellkader rentederivaten MKB, december 2016, p. 49 en 50.

¹⁵³ B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken & R.J. Schimmelpenninck, Uniform herstellkader rentederivaten MKB, december 2016, p. 49 en 50.

7. Conclusie, eigen visie en aanbevelingen

7.1 De rol van publiekrechtelijke regels in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken

De privaatrechtelijke rechter is niet gebonden aan de publiekrechtelijke invulling van zorgplichten en de Hoge Raad heeft expliciet bepaald dat de privaatrechtelijke zorgplicht verder mag reiken dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.¹⁵⁴ Toch beïnvloeden privaatrechtelijke normen en publiekrechtelijke regels elkaar wel en vertonen beiden veel gelijkenissen. Privaatrechtelijke normen worden vertaald in publiekrechtelijke regels, publiekrechtelijke regels hebben een uitstralend effect en concretiserende werking op de open privaatrechtelijke normen en een schending van een publiekrechtelijke regel die de ondernemer beschermt, vormt doorgaans een schending van een zorgplicht in privaatrechtelijke zin¹⁵⁵. De vele verwijzingen naar publiekrechtelijke regels in privaatrechtelijke renteswapzaken bevestigen deze wisselwerking. Publiekrechtelijke regels lijken een ondersteunende en concretiserende rol te vervullen in de rechtsverhouding tussen banken en het MKB in renteswapzaken.

7.2 De geschiktheid van renteswaps voor het MKB

Renteswaps zijn niet zomaar geschikt voor kleine en middelgrote ondernemingen aangezien er grote risico's aan renteswaps kleven en renteswaps ingewikkelde producten zijn. Het was voor kleine en middelgrote ondernemers (van de soort niet-professionele belegger) heel moeilijk om de risico's van renteswaps te kennen en te begrijpen. Bijna geen enkele ondernemer begreep echt waar hij voor tekende. Daarnaast hebben banken voornamelijk de positieve eigenschappen en voordelen van renteswaps belicht. Banken hebben ondernemers over het algemeen te weinig, en in sommige gevallen onjuist en misleidend, geïnformeerd over en gewaarschuwd voor de risico's van renteswaps en hebben hiermee hun bijzondere zorgplicht geschonden. De combinatie van de complexiteit en risico's van renteswaps, de slechte voorlichting en de sterke rentedaling in de loop van 2008 maakten renteswaps problematisch voor het MKB.

Wanneer de bank de kleine en middelgrote ondernemingen juist en volledig zou informeren en waarschuwen voor de risico's van renteswaps zouden renteswaps voor sommige kleine en middelgrote ondernemingen geschikt kunnen zijn. De bank dient zich te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van ondernemers en haar advies hierop af te stemmen voordat zij renteswaps adviseert. Wanneer een onderneming flexibiliteit in de financiering verlangt zijn renteswaps met een lange looptijd ongeschikt. Ook bij een lage risicobereidheid dient de bank uit te leggen dat een renteswap niet geschikt is voor de ondernemer vanwege de grote risico's die aan het product kleven wanneer de rente daalt.

Voor grote ondernemingen (van de soort professionele beleggers) zijn renteswaps wel geschikt. Van deze professionele beleggers mag verwacht worden dat zij zich goed laten informeren en wanneer nodig laten bijstaan door een adviseur die gespecialiseerd is in rentederivaten. Alsnog dient de bank de onderneming duidelijk, begrijpelijk en in niet mis te verstane bewoordingen te informeren over de eigenschappen en risico's van renteswaps. Daarnaast dient de bank ook vast te stellen of de onderneming dit risico wil lopen en kan dragen. De bank heeft echter geen bijzondere zorgplicht zoals zij wel heeft tegenover niet-professionele beleggers en hoeft professionele beleggers naast informeren over de aan de overeenkomst verbonden risico's, niet indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan. De eigen verantwoordelijkheid van professionele beleggers speelt hierbij een grote rol.

¹⁵⁴ Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, r.o. 4.5.8. (Effectenlease Levob) en ook Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5. (De Treek/Dexia).

¹⁵⁵ Volgens B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck, *Uniform herstellkader rentederivaten MKB*, 19 december 2016, p. 18.

7.3 Omvang van de bijzondere zorgplicht van banken bij het adviseren van renteswaps aan het MKB

Allereerst is het van belang dat de bank een bij uitstek professionele en deskundige partij ten opzichte van de ondernemer is en dat renteswaps risicovolle en ingewikkelde producten zijn. Voor het intreden van de bijzondere zorgplicht van banken bij het adviseren van renteswaps aan het MKB is het van belang dat de ondernemer op het terrein van rentederivaten niet als deskundig of als een professionele belegger (als bedoeld in artikel 1:1 Wft) kan worden aangemerkt. Op basis van de Wft heeft de bank ook een aantal verplichtingen voorafgaand aan het afsluiten van een renteswap. De bank dient klanten in te delen als professionele of niet-professionele belegger (cliëntclassificatie) en de klant te informeren over de gevolgen van deze classificatie voor het beschermingsniveau. Ook dient de bank onderzoek te doen naar de financiële positie - kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid - van de ondernemer (het ken-uw-klant principe). De bank moet daarnaast van iedere klant een dossier met klantovereenkomst aanhouden die duidelijk maakt welke dienst is verleend. De informatieverstrekking van de bank dient aangepast te zijn op de informatie die bij de inventarisatie van de klant is verkregen.

De bank dient ondernemers voorafgaand aan het sluiten van een renteswapovereenkomst volledig en op niet mis te verstane wijze te informeren en waarschuwen over de kenmerken en specifieke risico's van renteswaps. De bank dient ondernemers te waarschuwen dat wanneer de rente sterk daalt, de renteswap een grote negatieve waarde voor de ondernemer ontwikkelt en dat beëindiging van de renteswapovereenkomst voor het einde van de looptijd daarvan leidt tot hoge kosten. De bank dient specifiek, expliciet en in niet gestandaardiseerde vorm aan te geven dat ook indien de renteswap niet wordt beëindigd, de kredietwaardigheid van de ondernemer onder druk kan komen te staan wanneer de renteswap een negatieve waarde ontwikkelt en dat de bank dit als reden kan zien voor een renteopslag. Daarnaast dient de bank te waarschuwen over de mogelijkheid van overhedges. De bank dient de ondernemer over alle risico's die er kleven aan renteswaps, ook al is de ondernemer zich op grond van de door de bank verschaft informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan¹⁵⁶. Daarnaast ben ik van mening dat de bank ondernemers ook op de hoogte dient te stellen van het feit dat de renteswap al vanaf het begin een negatieve startwaarde heeft en hoe hoog deze is, al gaan de meeste rechters hier (nog) niet in mee.

7.4 Aanbevelingen

Kleine en middelgrote ondernemers kunnen nog steeds renteswaps afsluiten bij hun variabele lening. Door alle negatieve publiciteit over renteswaps zullen ondernemers vermoedelijk terughoudend zijn met het afsluiten van renteswaps. Daarnaast is de verwachting niet dat de rente gaat stijgen. Renteswaps zijn voor een ondernemer alleen interessant als de verwachting is dat de rente gaat stijgen, want met een renteswap zijn ze tegen een rentestijging beschermd. In de toekomst kunnen op een gegeven moment renteswaps wel weer aantrekkelijk worden. De bank zou in ieder geval veel eerlijker en transparanter moeten communiceren over de risico's van renteswaps en indringend waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan. Daarnaast zouden banken vanuit hun adviesrelatie kleine en middelgrote ondernemers, alle niet-professionele beleggers, moeten adviseren over wat in hun specifieke geval het beste product is. Hiervoor dient de bank zich eerst te verdiepen in de situatie¹⁵⁷ van de ondernemer. De bank dient een volledig advies te verstrekken inclusief alternatieven zodat de ondernemer uiteindelijk alle voor- en nadelen kan afwegen en zelf een beslissing kan maken die weloverwogen is. Wanneer de ondernemer weinig risico's wil lopen is een rentecap wellicht eerder geschikt dan een renteswap. Rentecaps zijn bij aanschaf duurder maar hebben tijdens de looptijd geen risico's aangezien rentecaps nooit een negatieve waarde krijgen.

¹⁵⁶ Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 4.10.3.

¹⁵⁷ Doelstelling, risicobereidheid, gewenste flexibiliteit, kennis en ervaring.

Daarnaast lijkt het mij ook goed als er in het civiele recht concrete regels komen waar banken zich aan dienen te houden bij het afsluiten van renteswaps aan het MKB. Wat ik gemerkt heb tijdens het schrijven van deze scriptie is dat de bijzondere zorgplicht van banken een grote ingewikkelde puzzel is die gelegd moet worden afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Aan de hand van jurisprudentie zijn er wel wat richtlijnen voor de invulling van de bijzondere zorgplicht. Het voordeel van deze vrije invulling aan de hand van de omstandigheden van het geval is dat rechters veel vrijheid hebben in hun overwegingen en uiteindelijke oordeel. Het nadeel is dat verschillende rechters verschillende oordelen geven in de renteswapjurisprudentie. Dit zorgt voor een verminderde rechtszekerheid. Wanneer er in het civiele recht nadere wetgeving komt die de bijzondere zorgplicht van banken concreter invult zal dit de rechtszekerheid ten goede komen. Het zal ervoor zorgen dat de bijzondere zorgplicht van banken een minder grote ingewikkelde puzzel is maar makkelijker aan de hand van concrete regels kan worden ingevuld. Wat dat betreft zou het mooi zijn als er een boek 12 financieel recht zou komen in het BW.

Literatuurlijst

BOEKEN EN TIJDSCHRIFTARTIKELEN

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3, p. 15-27.

D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424, p. 452-467.

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publieke recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012-5, p. 223-235.

C.H. van Dijk en F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11, p. 74-92.

J.A. Möhlmann en M.R. Fidder, 'Uitspraken gerechtshoven en KiFiD over renteswaps: consistentie of controverse?', *FR* 2016, nr. 7/8, p. 293-302.

E.P. Roelofsen, 'Een kritische beschouwing van de huidige stand van zaken met betrekking tot de jurisprudentie aangaande rentederivaten en het MKB', *FR* 2015/5, p. 191-198.

W.M. Schonewille en A.J.E. van den Bergen, 'De zorgplicht van banken en effecteninstellingen: Beleggingsbescherming of paternalisme?', *O&F*, 2006, nr. 70, p. 24-31.

B.M.C. Stenden, 'Ontwikkeling van (bijzondere) zorgplicht in financiële dienstverlening', *Vakblad financiële planning* mei 2015 nummer 5, p. 5-10.

M.W. Wallinga, 'Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling; lessen uit Duitsland en Europa', *NTBR* 2014/35, p. 288-298.

JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie van 30 mei 2013 nr. C-604/11 (JOR 2013, 274).

Hoge Raad

Hoge Raad 20 november 1973, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel).

Hoge Raad 26 juni 1998, NJ 1998/660 (Van de Klundert/Rabobank).

Hoge Raad 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6159, NJ 2000/460.

Hoge Raad 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419, NJ 2005/103 (Kouwenberg/Rabobank).

Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (Effectenlease Levob).

Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia).

Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Aegon).

Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95.

Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884.

Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046.

Gerechtshof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052.

Gerechtshof Amsterdam 15 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3842.

Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4647.

Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1692.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.
Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4022.
Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:255.
Gerechtshof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1637.
Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3043.
Gerechtshof Amsterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3366.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 oktober 2017, ECLI:GHSHE:2017:4619.
Gerechtshof Amsterdam 28 november 2017, ECLI:GHAMS:2017:4946.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5802.
Gerechtshof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2143.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1841.

VERORDENINGEN, RICHTLIJNEN & VOORSTELLEN

Richtlijn 2004/39/EG (MiFID)

Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad

Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II)

Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU

Verordening (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR)

Verordening (EU) Nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012

RAPPORTEN & ONDERZOEKEN

AFM 2013

AFM Rapportage Rentederivaten, Dienstverlening aan semipublieke instellingen en het professionele MKB, september 2013.

AFM 2014

Aanbevelingen Rentederivatendienstverlening voor een passende dienstverlening aan het niet-professionele MKB, februari 2014.

AFM 2015

Rapportage rentederivatendienstverlening aan het MKB, Toezicht op herbeoordelingen door banken van rentederivaten bij het niet-professionele MKB, maart 2015.

Boetebesluit ABN AMRO - AFM, 20 oktober 2015.

AFM Leidraad kwalificatie innovatieve dienstverlening, Interpretaties bij het uitwerken van dienstverlening op maat, 23 augustus 2016.

AFM Voortgangsrapportage Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB, 28 januari 2020.

B.F.M. Knüppe, T.P. Kocken en R.J. Schimmelpenninck, *Uniform herstelkader rentederivaten MKB*, 19 december 2016.